

**ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES EUSKADI**  
**RESOLUCIÓN 129/2018**

**EB 2018/124**

Resolución 129/2018, de 4 de octubre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO contra los pliegos del contrato “Servicio de limpieza de edificios y centros de trabajo municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián.

**I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 5 de septiembre de 2018, la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO (en adelante CNCEE) interpuso, en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO), un recurso especial en materia de contratación pública contra los pliegos del contrato “Servicio de limpieza de edificios y centros de trabajo municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián.

**SEGUNDO:** Con fecha 6 de septiembre se notificó el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y el informe a los que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). La citada documentación se recibió en el registro del OARC / KEAO entre los días 7 y 11 de septiembre.

**TERCERO:** No figuran en el expediente interesados distintos del recurrente y el poder adjudicador.

**II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO:** Legitimación y representación

En el expediente consta la representación de D.A.L.G.O., que actúa en nombre de la recurrente. Debe desestimarse la alegación del poder adjudicador, que estima que CNCEE debe adjuntar también la decisión concreta de entablar este recurso, de acuerdo con lo dispuesto en sus normas o estatutos. Hay que recordar que el artículo 51.1 de la LCSP establece los documentos que deben acompañar al recurso y que, entre ellos, figura el documento que acredita la representación del compareciente. Por su parte, el artículo 24.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, dispone que la interposición del recurso en representación de las personas jurídicas de cualquier clase requerirá de poder con facultades suficientes al efecto. El silencio que guardan ambos artículos sobre el documento al que se refiere el Ayuntamiento (análogo al exigido por el artículo 45.2.d) de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso - administrativa), unido a que, de conformidad con el artículo 56.1 de la LCSP, el procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá también por las disposiciones de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, la cual tampoco exige este requisito, permite concluir que no es preceptivo para la interposición del recurso especial (ver la Resolución 51/2016 del OARC / KEAO).

Por lo que se refiere a la legitimación, CONACEE integra a Asociaciones de Centros Especiales de Empleo y este OARC/KEAO aprecia un vínculo tangible entre los intereses legítimos colectivos que promueve la recurrente con la pretensión del recurso, que consiste en la eliminación de los términos “de iniciativa social” que, en referencia a los Centros Especiales de Empleo, se incluyen en varias cláusulas de los pliegos impugnados, lo que ampliaría el acceso al contrato, actualmente limitado para los que no satisfacen el inciso recurrido, a todos los Centros Especiales. Además, se ha de tener en cuenta que, conforme al artículo 48 de la LCSP, en todo caso, se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.

**SEGUNDO:** Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

**TERCERO:** Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.a) de la LCSP son actos impugnables los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

**CUARTO:** Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

**QUINTO:** Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 de la LCSP).

**SEXTO:** Argumentos del recurso

Los motivos en los que se funda el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El contenido del pliego vulnera el ordenamiento jurídico de la Unión Europea que, en materia de contratación pública, persigue la desaparición de cualesquiera normas que puedan suponer discriminación entre operadores económicos en lo referente a la obtención de contratos si bien existen excepciones a este principio como lo es la que figura en el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, que reserva determinada categoría de contratos a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objeto principal sea la integración social y profesional con personas discapacitadas o desfavorecidas. Este precepto establece dos exigencias a dichos operadores: la citada finalidad de empleo de las personas con discapacidad y que un mínimo del 30% de los trabajadores sean personas con discapacidad, condiciones que cumplen todos los Centros de Empleo (Entidades de Economía Social, según el artículo 5.1 de la Ley 5/2011), sin que autorice a imponer, además, la limitación establecida en la LCSP de que sean “de iniciativa social”.

b) La Disposición final decimocuarta de la LCSP, que Modifica el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (en adelante, TRLGDPD) y la Disposición adicional cuarta de la misma norma, que acota la posibilidad de reserva de determinados contratos o determinados lotes a los centros especiales de empleo “de Iniciativa Social”, dejando al resto de Centros Especiales de Empleo sin la posibilidad de acceder a tales contratos, son contrarias al sentido y finalidad de la Directiva 2014/24/UE, pues este inciso introduce una limitación que restringe el acceso al empleo del personal con discapacidad perteneciente a Centros Especiales de Empleo que no reúnan las condiciones del art. 43.4 del TRLGDPD y vacía de contenido la figura de tales Centros Especiales de Empleo.

c) No cabe alegar que esta regulación es voluntad del legislador porque ningún operador jurídico puede actuar a sabiendas de la vulneración de una norma de la Unión Europea y porque se produce una restricción a la concurrencia y la competencia, al que debe unirse el componente discriminatorio. A juicio del recurrente, aunque el legislador nacional puede aplicar o no la reserva del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, ello no implica que pueda obviar las condiciones taxativas que han de cumplir las entidades con acceso a tal

reserva; es decir, si se acuerda la reserva debe hacerse en beneficio de todas las entidades que cumplan los requisitos de la

Directiva, entre los que no se incluye el inciso “de iniciativa social”.

d) La pretensión consiste en que se elimine el inciso “de iniciativa social” que, en referencia a Centros Especiales de Empleo, figura en varias cláusulas de los pliegos impugnados; asimismo, para el supuesto de considerarse necesario para resolver el recurso interpuesto, solicita que se plantee al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) una cuestión prejudicial en cuanto a la aplicación y alcance del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE. El recurso menciona expresamente las Resolución 100/2018 del OARC / KEAO, dictada en relación a la misma problemática planteada en este caso, y cuya doctrina solicita reconsiderar.

#### **SÉPTIMO:** Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso alegando la Resolución 100/2018 del OARC / KEAO, que desestima la misma pretensión que ahora se analiza; además, alega en su favor diversa jurisprudencia del TJUE que ya resuelve sobre el alcance de la ausencia de ánimo de lucro como requisito para acceder, en ciertos casos, a la contratación pública, lo que haría improcedente la cuestión prejudicial a la que se refiere el recurso.

#### **OCTAVO:** Apreciaciones del OARC / KEAO

Como bien indican las partes, la impugnación es similar a la que se desestimó mediante la Resolución 100/2018 del OARC / KEAO; por ello, procede basar las apreciaciones de este Órgano para el presente caso en argumentos legales sustancialmente análogos a los utilizados en dicha Resolución:

a) La pretensión del recurso

La pretensión del recurrente es que se elimine de los pliegos impugnados el requisito de que los Centros Especiales de Empleo que participen en el procedimiento de adjudicación sean de iniciativa social; además, en el supuesto de que se estime necesario para resolver el recurso, propone que se plantee una cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la correcta transposición del artículo 20 de la Directiva 2014/24.

La recurrente no discute que las cláusulas impugnadas se ajustan al contenido de la Disposición adicional cuarta de la LCSP, sino que considera que la transposición del citado artículo 20 de la Directiva 2014/24 se ha efectuado de forma incorrecta, rebasando el margen de discrecionalidad que este precepto permite, pues restringe la reserva del contrato a un tipo concreto de Centros Especiales de Empleo, los de iniciativa social,

en detrimento de los de iniciativa empresarial, sin que exista justificación para este efecto discriminatorio y con daño a la libre competencia.

b) Los términos del debate jurídico

En síntesis, dado que no se duda de que los pliegos impugnados se ajustan a la normativa nacional (Disposición Adicional Cuarta de la LCSP), la única argumentación legal que podría llevar a la estimación del recurso sería considerar, como pide CONACEE, que la aplicación de dicha normativa debe desplazarse en favor del efecto directo del artículo 20 de la Directiva 2014/20/UE, lo que permitiría el acceso al contrato a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa empresarial. En su caso, la recurrente invita al OARC / KEAO a que, si lo cree necesario, plantee una cuestión prejudicial ante el TJUE (artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) para materializar el efecto directo invocado y, en consecuencia, el éxito del recurso.

Para determinar la viabilidad de la argumentación del recurrente, este OARC / KEAO debe, en primer lugar, verificar si el citado artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE satisface los requisitos para gozar de efecto directo, cuestión que se analiza en la letra siguiente.

c) Sobre el posible efecto directo del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE y la corrección de su transposición en la LCSP

La naturaleza, alcance y requisitos del efecto directo fueron analizados en el documento “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”, elaborado por los órganos y tribunales administrativos de recursos contractuales<sup>1</sup>. De dicho documento se deduce que la Directiva es una norma del derecho derivado de la UE que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios necesarios para conseguir dicho resultado. Así pues, al igual que el Reglamento y la Decisión, es vinculante para los Estados miembros destinatarios y lo es en todos sus elementos; en consecuencia, no puede aplicarse de forma incompleta, selectiva o parcial. Sin embargo, se trata de un acto jurídico de contenido normativo que necesita para su eficacia de su incorporación en los distintos ordenamientos nacionales en un plazo establecido. Transcurrido este plazo sin que se haya incorporado su contenido, la consecuencia jurídica más relevante es que, si se cumplen ciertos requisitos, la Directiva tiene efecto directo, de modo que vincula a todas las autoridades

---

<sup>1</sup> Disponible en el siguiente enlace:

[http://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria\\_y\\_doctrina\\_oarc/es\\_def/adjuntos/Efectos\\_juridicos\\_de\\_Directivas.pdf](http://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf)

administrativas y órganos jurisdiccionales del Estado a su aplicación, desplazando en su caso la norma nacional que la contradiga. Por lo que interesa al caso, es especialmente importante señalar que entre los citados requisitos figura que la norma de la Directiva alegada contenga un mandato claro, preciso e incondicionado que el legislador nacional no ha respetado en la transposición al derecho interno (o que, simplemente, no ha traspuesto). Carecen de este requisito los preceptos cuyo contenido puede o no incorporarse al Ordenamiento nacional en virtud de una opción legislativa que debe tomar el Estado destinatario, o los que se refieren a medidas legislativas que la Directiva delimita o perfila pero no especifica; por el contrario, los preceptos que establecen obligaciones detalladas para los poderes adjudicadores sí cumplen esta condición.

La citada doctrina debe aplicarse al artículo 20.1 de la Directiva 2014/24/UE, que dice así:

#### Artículo 20

##### Contratos reservados

1. Los Estados miembros podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 % de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos.

La justificación de esta reserva se contiene en el Considerando 36 de la

Directiva 2014/24/UE, en virtud del cual:

El empleo y la ocupación contribuyen a la integración en la sociedad y son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos. En este contexto, los talleres protegidos pueden desempeñar un importante papel. Lo mismo puede decirse de otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están socialmente marginados. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres o empresas pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres o empresas el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de determinados lotes de los mismos o a reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido.

Esta opción se incorpora al derecho interno vigente en la Disposición adicional cuarta de la LCSP, cuya literalidad es la siguiente:

Disposición adicional cuarta. Contratos reservados.

1. Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100.

(...)

Debe destacarse que la reserva se refiere a los “centros especiales de empleo de iniciativa social” y que la propia LCSP en su Disposición Final decimocuarta introduce un apartado cuarto al art. 43 del TRLGDP, en la que define este tipo de centros especiales de empleo en los siguientes términos:

Tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social aquellos que cumpliendo los requisitos que se establecen en los apartados 1.º y 2.º de este artículo son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social.

A juicio de este OARC / KEAO, el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE no establece un mandato claro e incondicionado<sup>2</sup>, se trata de una posibilidad de transposición (“podrá”) que el estado miembro puede o no ejercer, de tal modo que la opción de no incorporar este contenido (que supone una excepción al principio general del libre acceso a la contratación de todos los operadores económicos capacitados con independencia de su forma o características legales u organizativas) no hubiera merecido los reproches o consecuencias jurídicas de una transposición incorrecta. Con más razón, una vez tomada la opción de transposición, el legislador goza de un margen de discrecionalidad a la hora de definir y concretar en el derecho interno lo que se entenderá por “operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas”. La existencia de dicho amplio margen descarta que nos hallemos ante un mandato preciso, claro e incondicionado merecedor de efecto directo.

También ha de descartarse que la transposición haya sido incorrecta por traspasar los límites del margen de actuación que ampara al estado miembro en esta tarea, sea por no respetar el núcleo necesario del precepto, indisponible por ese margen, o por elaborar una incorporación fraudulenta por contraria a la intención de la Directiva (por ejemplo, mediante su transposición parcial, incompleta o selectiva). En particular, este Órgano estima que la incorporación del concepto “operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas” efectuada por la LCSP es plenamente respetuosa con la Directiva. En síntesis, el legislador nacional ha querido que en ese término se incluyan solo los Centros Especiales de Empleo que se caractericen por (i) ser promovidos y participados en más de un 50 por ciento por entidades sin ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos y (ii) obligarse a la reinversión íntegra de sus beneficios en favor de las personas discapacitadas, bien sea en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social.

Esta incorporación de la Directiva, ciertamente no la única posible, no es, sin embargo jurídicamente reprochable. Es difícil negar que el hecho de que una entidad promovida por otras sin ánimo de lucro y que se obliga a reinvertir todos sus beneficios en la finalidad social que le es propia (lo que, en negativo implica, por ejemplo, un compromiso de no repartir dividendos entre los titulares de su capital social) tiene rasgos que la diferencian significativamente de otras entidades que no las cumplen (aunque sean Centros Especiales de Empleo) y que justifican el diferente tratamiento legislativo; indudablemente, tales rasgos son un baremo perfectamente aceptable para determinar si se satisface o no el requisito de la Directiva de tener como principal objetivo la integración social y profesional.

---

<sup>2</sup> En este sentido se manifiestan los órganos y tribunales administrativos de recursos contractuales en el documento “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”.



También debe tenerse en cuenta que el Considerando 36 de la Directiva 2014/24, al justificar la razón de esta reserva de contratos, se refiere expresamente a “empresas sociales”. Este concepto carece en el Derecho de la Unión Europea de una definición unívoca que deban respetar en todo caso los Ordenamientos nacionales, y las distintas tradiciones lingüísticas, culturales y jurídicas de los países miembros le han asignado significados diferentes. Así, la Comisión Europea ha propuesto, en el documento “Iniciativa en favor del emprendimiento social” (COM(2011) 682 final), una descripción basada en principios comunes a la mayoría de los Estados miembros, cuya diversidad de opciones políticas, económicas y sociales quiere respetar; de hecho, señala que tales principios comunes aluden a los operadores (i) para los cuales el objetivo social de interés común es la razón de ser de la acción comercial, que se traduce a menudo en un alto nivel de innovación social, (ii) cuyos beneficios se reinvierten principalmente en la realización de este objetivo social y (iii) cuyo modo de organización o régimen de propiedad, basados en principios democráticos o participativos u orientados a la justicia social, son reflejo de su misión. Como puede comprobarse, se trata de una definición similar a la que la LCSP hace de los Centros beneficiarios de la reserva que se debate.

Por todo ello, no cabe entender que el artículo 20.1 goza del efecto directo que invoca el recurrente, que entiende que dicho precepto establece que deben incluirse necesariamente en el ámbito de la norma de transposición las empresas de inserción de iniciativa empresarial.

d) Sobre la discriminación de los Centros Especiales de Empleo distintos de los de iniciativa social

Finalmente, hay que señalar que no cabe estimar la alegación de que la reserva efectuada a favor de los centros especiales de empleo de iniciativa social es discriminatoria y contraria a la competencia. Como bien explica el citado Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE, la reserva ya es, de por sí, una discriminación positiva que supone una excepción, justificada por razones sociales, a los principios de igualdad de trato, libre acceso a las licitaciones y libre competencia en los que se basa el Derecho de la Unión en materia de contratación pública; a partir de ahí, el legislador se ha limitado a determinar el ámbito subjetivo de dicha discriminación positiva, y a juicio de este OARC / KEAO, lo ha de modo conforme a la Directiva.

e) Conclusión

Habida cuenta de que el único argumento para sustentar la invalidez de las cláusulas impugnadas es su oposición a una norma de la Directiva que gozaría de efecto directo y que desplazaría la aplicación de la LCSP, y este Órgano no aprecia que se den las circunstancias para imponer dicho efecto, el recurso debe desestimarse. Consecuentemente, tampoco procede el planteamiento de la cuestión prejudicial solicitada.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

### **RESUELVE**

**PRIMERO:** Desestimar el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO contra los pliegos del contrato “Servicio de limpieza de edificios y centros de trabajo municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián.

**SEGUNDO:** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

**TERCERO:** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

**CUARTO:** Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.