

Recurso nº 78/2018**Resolución nº 67/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 3 de setembro de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por V.R.G. actuando en nome e representación de MULLERES COLLEITEIRAS SOCIEDADE COOPERATIVA GALEGA contra os pregos do contrato de servizo de mantemento e limpeza dos contedores de aceite de cociña usado na vía pública do Concello da Coruña, expediente 541/2018/962, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- O Concello da Coruña convocou a licitación do contrato de servizo de mantemento e limpeza dos contedores de aceite de cociña usado na vía pública, cun valor estimado declarado de 200.400 euros. Tal licitación foi obxecto de publicación na Plataforma de Contratos do Sector Público o 24.07.2018.

Segundo.- O expediente da licitación recolle que a mesma estivo sometida á Lei 9/2017, de 8 de novembro, de Contratos del Sector Público.

Terceiro.- Impúgnase os pregos de cláusulas administrativa particulares, solicitando se elimine das condicións desta licitación a limitación só cara aos centros especiais de emprego e empresas de inserción social.

Cuarto.- O 08.08.2018 MULLERES COLLEITEIRAS SOCIEDADE COOPERATIVA GALEGA (MULLERES COLLEITERAS, en adiante) interpuxo recurso especial en materia de contratación no órgano de contratación, que o remitiu a este TACGal o 17.08.2018, co expediente e correspondente informe. Solicitada emenda á recorrente sobre a acreditación da súa representación, foi cumprimentada debidamente.

Quinto.- Trasládouse o recurso aos interesados o 21.08.2018, recibíronse as alegacións da empresa SERVIPERTU LIMPIEZA EIL, S.L.U.

Sexto.- Non foi solicitada medida cautelar, polo que non se adoptou decisión ao respecto.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis. 5 da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- O presente recurso tramitouse conforme os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- A recorrente é unha entidade cuxa finalidade e obxecto fai que puidera ter interese en concorrer a unha licitación con este obxecto contractual. En definitiva, este TACGal considera que existe a lexitimación do artigo 48 LCSP.

Cuarto.- Dado que os pregos foron publicados na Plataforma de Contratos do Sector Público o 24.07.2018, a interposición o 08.08.2018 está dentro do prazo de 15 días do art. 50 LCSP.

Quinto.- Estamos perante a impugnación dos pregos dun contrato de servizos cun valor estimado superior a 100.000 €, polo que, ao abeiro do artigo 44 LCSP, o recurso é admisible.

Sexto.- A cooperativa recorrente expresa que *“O Prego limita a participación na contratación, acolléndose á posibilidade de reserva para empresas de inserción e centros especiais de emprego de iniciativa social, pero non sabemos se cumpre os requisitos para iso”*.

Recole logo que a Disposición adicional cuarta da LCSP refire á existencia dun acordo municipal que fixe unha porcentaxe mínima de reserva, que non existe.

Posteriormente relata as características desta cooperativa e o que sucedía ate agora con ese servizo de limpeza e mantemento de contedores, segundo a súa descrición.

Sétimo.- O órgano de contratación, no informe remitido considera o seguinte.

Sostén que o recurso interposto só se pode estimar no caso de que no expediente de contratación, e máis concretamente nos pregos que rexen a licitación, se incorrera nun suposto de nulidade de pleno dereito ou de anulabilidade. Engaden que a recorrente sinala distintas cuestións que carecen de relevancia xurídica para os efectos do recurso interposto, debido a que non poñen en cuestión a validez dos pregos do contrato, nos termos de que os mesmos incorran nalgún suposto de invalidez (o interese da empresa no contrato nos últimos meses, os labores levados a cabo por Mulleres Colleiteiras, a actuación da empresa que presta os servizos...).

Considera o órgano de contratación que o recurso descansa sobre unha suposta infracción da legalidade vixente, ao sinalar que a reserva de contrato que se realiza non cumpre cos requisitos que esixe a disposición adicional cuarta da LCSP, debido a que non existe un acordo do órgano competente do Concello polo cal se fixe unha porcentaxe mínima de reserva. Para tal Concello ese acordo busca garantir unha porcentaxe mínima de contratos administrativos que estean suxeitos a reserva, polo

que a súa falta non pode servir para soste que un contrato reservado non pode ser declarado como tal.

Oitavo.- Presenta tamén alegacións SERVIPERTU LIMPIEZA EIL, S.L.U. (SERVIPERTU, en adiante).

SERVIPERTU, nas alegacións presentadas no TACGal, manifesta a súa discrepancia co recollido nos apartados cuarto a sétimo do recurso, e para iso fai a súa descrición do que sucedía coa prestación deste servizo ate agora. Expressa tamén que é unha empresa de inserción laboral inscrita na Xunta de Galicia.

Noveno.- En primeiro lugar, é oportuno significar que o principio antiformalista que debe rexer no tratamento destes recursos non debe obviar certas cargas mínimas nos recorrentes, xunto coas formais recollidas na LCSP. Na nosa Resolución TACGal 26/2018 xa expresamos que *“a carga de lograr o convencemento deste Tribunal para que se chegue ao solicitado no recurso corresponde, de inicio, ao recorrente, o cal debe recoller un desenvolvemento suficiente na súa argumentación para isto, sen que se poida chegar a suplir de oficio tal carga”* ao que aquí debemos engadir que se debe acudir a este Tribunal defendendo unha tese xurídica que sustente a pretensión anulatoria exercitada, non simplemente trasladando unha posible dúbida xurídica a efectos de que este órgano a delimite e determine para o caso.

Neste suposto, aínda que o apartado onde o recorrente parece querer introducir tal tese a encadra sobre a manifestación de que *“non sabemos se cumpre os requisitos para iso”*, o principio pro actione fai que poidamos atisbar que o que propugna a recorrente é que a falta do acordo da Administración correspondente, neste caso a local, fixando a porcentaxe e condicións mínimas, non permitiría que se optara por estes contratos reservados.

Ante todo, corresponde facer unha pequena escolma, non exhaustiva, do tratamento normativo a estes chamados contratos reservados.

O precepto principal é disposición adicional cuarta, titulado *Contratos reservados*, que recolle (o último parágrafo do primeiro apartado non é básico):

“1. Mediante acordo do Consello de Ministros ou do órgano competente no ámbito das comunidades autónomas e das entidades locais, fixaranse porcentaxes mínimas de reserva do dereito para participar nos procedementos de adxudicación de determinados contratos ou de determinados lotes deles a centros especiais de



emprego de iniciativa social e a empresas de inserción reguladas, respectivamente, no texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social, aprobada mediante o Real decreto lexislativo 1/2013, do 29 de novembro, e na Lei 44/2007, do 13 de decembro, para a regulación do réxime das empresas de inserción, que cumpran cos requisitos establecidos na dita normativa para ter esta consideración, ou unha porcentaxe mínima de reserva da execución destes contratos no marco de programas de emprego protexido, sempre que a porcentaxe de traballadores con discapacidade ou en situación de exclusión social dos centros especiais de emprego, das empresas de inserción ou dos programas sexa a prevista na súa normativa de referencia e, en todo caso, polo menos do 30 por 100.

No referido acordo do Consello de Ministros ou do órgano competente no ámbito das comunidades autónomas e das entidades locais, fixaranse as condicións mínimas para garantir o cumprimento do establecido no parágrafo anterior.

O acordo do Consello de Ministros a que se refire este número deberase adoptar no prazo máximo dun ano contado desde a entrada en vigor desta lei. Se transcorrido este prazo o acordo de Consello de Ministros non se adoptou, os órganos de contratación do sector público estatal deberán aplicar a porcentaxe mínima de reserva do 7 por cento, que se incrementará ata un 10 por cento aos catro anos da entrada en vigor desta lei, sobre o importe global dos procedementos de adxudicación de subministracións e servizos incluídos nos códigos CPV recollidos no anexo VI realizados no exercicio anterior a aquel a que se refira a reserva, nos termos indicados no primeiro parágrafo deste número.

2. No anuncio de licitación deberase facer referencia a esta disposición.

3. Nos procedementos de contratación en que se aplique a reserva que establece esta disposición adicional non procederá a exigencia da garantía definitiva a que se refire o artigo 107 desta lei, salvo nos casos en que o órgano de contratación, por motivos excepcionais, o considere necesario e así o xustifique motivadamente no expediente.”

A maiores, existen algunha outra referencia a esta reserva noutras pasaxes da norma. Destacamos a do artigo 132, por mencionar unha referencia expresa do lexislador cara a especialidade desta reserva a efectos dos principios da contratación:

“Artigo 132. Principios de igualdade, transparencia e libre competencia.



1. Os órganos de contratación daranlles aos licitadores e candidatos un tratamento igualitario e non discriminatorio e axustarán a súa actuación aos principios de transparencia e proporcionalidade.

En ningún caso se poderá limitar a participación pola forma xurídica ou o ánimo de lucro na contratación, salvo nos contratos reservados para entidades recollidas na disposición adicional cuarta.

(...)”

Por outro lado, no artigo 99.3 e 4 recóllese que se poderá reservar algún lote para centros especiais de emprego ou para empresas de inserción, ou unha porcentaxe mínima de reserva da execución destes contratos no marco de programas de emprego protexido, de conformidade co establecido na disposición adicional cuarta.

Para continuar con tal análise, é procedente asemade observar cal foi a normativa europea a traspoñer a este respecto.

Así, a Directiva 2014/24/UE, de 26.02.2014 ten un artigo 20 que establece:

“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.

2. La convocatoria de licitación deberá hacer referencia al presente artículo.”

Especialmente interesante é reproducir o considerando 36, pois expresa o sentido desta previsión:

“36. 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.”

Sobre esta cuestión houbo certos desenvolvementos autonómicos, como foi no artigo 26 da lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, se ben destinado aos órganos de contratación da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia e os demais entes do sector público dela dependentes, cando aquí estamos no eido local

Ilustrativo é o apartado 2 dese precepto que menciona:

“2. Os obxectos contractuais susceptibles de reserva serán as obras e os servizos de conservación e mantemento de bens inmoables, os servizos de conserxaría, mensaxaría e correspondencia, os servizos de xardinaría e forestal, de artes gráficas, de limpeza e lavandaría, de restauración, de recolla e transporte de residuos, de fabricación de roupa de traballo e servizos e de subministracións auxiliares para o funcionamento do sector público. Os órganos de contratación poderán ampliar a reserva a outros obxectos contractuais atendendo á súa adecuación ás prestacións dos centros e das empresas a que se refire este artigo.

A reserva deberá mencionarse no título do contrato e no anuncio de licitación ou invitación.”

En todo caso, é importante destacar que esa lexislación galega era ao abeiro da normativa europea e básica existentes nese momento (así, a disposición adicional quinta TRLCSP foi modificada pola lei 31/2015).

Dito o anterior, e centrados xa nesa disposición adicional cuarta do texto normativo ao que se somete esta licitación, a LCSP 9/2017, son varios aspectos a destacar.

En primeiro lugar, que o lexislador trata a cuestión como “de mínimos”, ou dito doutra maneira, a dirección da súa regulación é buscar que haxa unha porcentaxe mínima desas licitacións reservadas, ante, seguramente, a experiencia da falta das

mesmas así como polos bens xurídicos que motivan que se fomenten estas reservas. Esas dificultades que motivan este impulso normativo e os bens xurídicos que o xustifican, están ben definidos naquel considerando 36 da Directiva 2014/24/UE.

Por outro lado, os principios que impregnan esta LCSP 9/2017 non son indiferentes para o intérprete xurídico, polo que o sentido aludido é coherente coa mención recollida, por exemplo, no artigo 1.3, a que os criterios sociais impregnarán a contratación pública. Que o lexislador básico entende esta reserva de contratos dentro da dimensión social que debe ter a contratación pública, queda reflectido no Preámbulo daquela norma ao dicir:

“Respecto dos temas sociais, séguense regulando os contratos reservados a centros especiais de emprego ou a posibilidade de reservar a súa execución no marco de programas de emprego protexido; esta reserva esténdese ás empresas de inserción e exíxeselles a todas as entidades citadas que teñan no seu persoal a porcentaxe de traballadores discapacitados que se estableza na súa respectiva regulación.”

Neste sentido, procede tamén darlle valor a que o termo usado nesa disposición adicional cuarta é o de “*fixaranse*” porcentaxes mínimas de reserva. Por exemplo, na redacción orixinal da disposición adicional quinta do TRLCSP o termo era de “*poderán reservarse*”, e ese era o marco literal da Directiva 2014/24/UE, que o lexislador español quixo traspoñer con ese carácter de mandato.

En definitiva, a primeira conclusión á que se pode chegar é que a decisión adoptada polo Concello de reservar este contrato a ese tipo de entidades de economía social vai na dirección auspiciada polo lexislador, non na súa contra.

Nese sentido, chegar a unha conclusión de que mentres non existan eses acordos ao que se refire a disposición adicional cuarta non se poden facer estas reservas de contratos daría lugar a unha interpretación contraria ao que este TACGal considera que era intención do lexislador. Lembrar, neste punto, que o lexislador o que se preocupa é de que exista un mínimo, isto é, que haxa licitacións con esta reserva, polo que facelas, aínda que non haxa o acordo de fixación deste mínimo, só pode redundar cara o cumprimento desta disposición, non á súa vulneración, sen prexuízo do conveniente que existan estes acordos, adaptados ademais a este novo marco normativo.

Por outro lado, da lectura desa disposición adicional cuarta tamén observamos que esta reserva é concebida de forma non restritiva, pois expresamente na mesma non se recollen excepcións cara a determinados tipos de contrato, contía, procedementos de adxudicación.... Tampouco menciona ex lege que deban existir porcentaxes máximos de reserva, só alude a mínimos.

Tamén destacar que aínda que esta reserva impide a determinadas entidades entrar na licitación – limitación que nace do lexislador, nacional e europeo, non en si do órgano, que só acolle esa posibilidade para o caso-, a mesma se abre a diferentes dimensións da economía social (como xa fixera a lei 31/2015 na nova redacción dada á disposición adicional quinta do TRLCSP) ao citar ás empresas de inserción xunto cos Centros Especiais de Emprego de iniciativa social.

A configuración destas empresas de inserción tamén ten un novo marco, ao dispoñer a disposición derradeira décimo cuarta LCSP a modificación do texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social, aprobado mediante o Real decreto legislativo 1/2013, do 29 de novembro. Tal disposición ten a seguinte literalidade:

“Engádese un número 4 ao artigo 43 do texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social, aprobado mediante o Real decreto legislativo 1/2013, do 29 novembro:

«4. Terán a consideración de centros especiais de emprego de iniciativa social aqueles que, cumprindo os requisitos que se establecen nos ordinais 1.º e 2.º deste artigo, son promovidos e participados en máis dun 50 por cento, directa ou indirectamente, por unha ou varias entidades, xa sexan públicas ou privadas, que non teñan ánimo de lucro ou que teñan recoñecido o seu carácter social nos seus estatutos, xa sexan asociacións, fundacións, corporacións de dereito público, cooperativas de iniciativa social ou outras entidades da economía social, así como tamén aqueles cuxa titularidade corresponde a sociedades mercantís nas cales a maioría do seu capital social sexa propiedade dalgunha das entidades sinaladas anteriormente, xa sexa de forma directa ou ben indirecta a través do concepto de sociedade dominante regulado no artigo 42 do Código de comercio, e sempre que en todos os casos nos seus estatutos ou en acordo social se obriguen ao reinvestimento íntegro dos seus beneficios para crear oportunidades de emprego para persoas con discapacidade e a mellora continua da súa competitividade e da súa actividade de economía social, tendo en todo caso a facultade de optar por reinvestilos no propio centro especial de emprego ou noutros centros especiais de emprego de iniciativa social.»

Finalmente, e só para esgotar a cuestión, o obxecto contractual da licitación, mantemento e limpeza dos contedores de aceite de cociña, non parece ter ningunha incompatibilidade para con esta reserva nin tal alegación se nos traslada, o cal afasta unha referencia de arbitrariedade.

Todo o dito impide acoller o recurso presentado nos termos en que foi formulado, tendo en conta que, como xa foi expresado noutras ocasións, a Administración contratante é a que debe ter lexitimamente a competencia para adoptar as políticas e decisións que estime máis axeitadas para o interese xeral, evidentemente dentro do marco normativo, sen que o recurso logre trasladar que se superara o mesmo no que nos ocupa. Por exemplo, a Resolución TACGal 66/2018 expresaba:

“Tampouco cabe caer na confusión de, por esta vía alegatoria, tratar de converter a este Tribunal en órgano de contratación, nin que, en realidade, se agoche un intento de erixirse en tal o propio recorrente.”

Por último, dentro dos aspectos que o lexislador ordena ao órgano de contratación, que se faga referencia a esa disposición adicional cuarta no anuncio, observamos que foi cumprido, como tamén está recollido no propio PCAP.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Desestimar** o recurso interposto por MULLERES COLLEITEIRAS SOCIEDADE COOPERATIVA GALEGA contra os pregos do contrato de servizo de mantemento e limpeza dos contedores de aceite de cociña usado na vía pública do Concello da Coruña, expediente 541/2018/962.

2. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do



contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.