



Expediente: 129/2021

ACUERDO 11/2022, de 26 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don R. L. M. frente al anuncio de licitación y el pliego regulador del contrato de concesión de servicios “*Limpieza y Conserjería Colegio Público*”, aprobados por el Ayuntamiento de Fitero.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de octubre de 2021, el Ayuntamiento de Fitero publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de concesión de servicios “*Limpieza y Conserjería Colegio Público*”.

SEGUNDO.- Con fecha 5 de noviembre, don R. L. M. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente al citado anuncio de licitación y frente al pliego regulador de dicho contrato, formulando las siguientes alegaciones:

1ª. Que la cláusula 6ª del pliego establece una estipulación de reserva de contrato con el siguiente contenido: “*El contrato está reservado a Centro Especial de Empleo o Empresa de inserción, en cumplimiento del artículo 36 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos*”.

Que el artículo 1 del Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, establece que “*Conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, los Centros Especiales de Empleo son aquellos cuyo objetivo principal sea el de realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones del mercado, y teniendo como finalidad el asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores minusválidos, a la vez que sea un medio de integración del mayor número de minusválidos al régimen de trabajo normal*”, y el artículo 8 que

*“Podrán incorporarse como trabajadores a los Centros Especiales de Empleo las personas minusválidas físicas, psíquicas y sensoriales, definidas en el artículo 7.º de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, previa resolución motivada de los equipos multiprofesionales de valoración en la que se determinen sus posibilidades de integración real y capacidad de trabajo, y según lo dispuesto en el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo”.*

Manifiesta que, de ello, se infiere que los trabajadores de todo Centro Especial de Empleo deben ser minusválidos físicos, psíquicos o sensoriales.

Señala que el artículo 6.1.2º de la Ley Foral de Contratos exige que todos los beneficios de tales empresas deben reinvertirse íntegramente en la creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad.

Alega que, en este caso, como puede verse en el anexo IV del pliego, existe la obligación de subrogar a un trabajador que está desarrollando el trabajo de conserje que no es minusválido físico, psíquico, ni sensorial.

Señala que *“no siendo este trabajador disminuido y siendo que es necesario que los trabajadores tengan dicha condición, es obvio que el citado contrato no puede ser reservado a un Centro Especial de Empleo y por ello debe ser abierto a todo tipo de empresas”.*

Alega que el Ayuntamiento de Fitero no ha incorporado al expediente de contratación, como era su obligación, la acreditación de cumplir con las exigencias contenidas en el artículo 36 de la LFCP para declarar reservado este contrato y, de modo específico, las siguientes:

*“1.-Conocer si se cumple la exigencia contenida en el apartado 4 de dicho precepto, ignorándose si el Ayuntamiento de Fitero reserva mínimamente un 6% del*

*importe de los contratos adjudicados en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior.*

*2.-Se desconoce si el Ayuntamiento de Fitero ha fijado y publicado las condiciones para alcanzar el cumplimiento del 6% de reserva con los contratos que prevea adjudicar cada ejercicio, así como el resto de condiciones contenidas en el apartado 5 del citado precepto.*

*3.-Por otro lado, no se cumple con lo establecido en el apartado 6 de dicho precepto, pues en el anuncio de la licitación no se hace referencia a que la reserva del contrato lo sea “por motivos sociales”, siendo que revisado el pliego de este contrato no se hace en el mismo la menor referencia a que la reserva del contrato a un centro especial de empleo lo sea por tales motivos sociales.*

*4.-Por último, se desconoce si el Ayuntamiento de Fitero ha cumplido con la previsión contenida en el apartado 10 del citado precepto, ignorándose si anualmente publica el listado e importe total de los contratos reservados a centros especiales de empleo y empresas de inserción.”*

Concluye que tales previsiones y exigencias no constan acreditadas en el pliego, por lo que no procede efectuar la reserva a tales tipos de centros especiales, debiendo ser libre la licitación.

2ª. Alega que en el pliego existe una evidente confusión con el precio del contrato.

Así, de un lado, en el anuncio aparece la suma de 42.000 euros (IVA incluido) y, a continuación, aparece la previsión de ser ese el precio “*incluyendo todas las prórrogas u opciones*”.

Señala que si se examina el pliego existe una previsión similar en la cláusula 3ª, pero en la cláusula 4ª aparece que la duración del contrato es de un año, con previsión de prórrogas hasta un máximo de cinco años, pero con el importante matiz de que tales

prórrogas no son inevitables o seguras, sino solo posibles: *“No obstante el contrato podrá prorrogarse hasta una duración total de cinco años”*.

Alega que, así las cosas, se ignora si el precio de 42.000 euros es para cada año o para los cinco posibles, no existiendo la menor claridad al respecto.

Señala que, para mayor confusión, en la página 5 del pliego aparece un precio de licitación de 18.180 euros, desconociéndose a qué obedece y, por tanto, cuál es el precio del contrato.

Atendiendo a lo expuesto, solicita la anulación de la licitación y del pliego, decretándose la improcedencia de reservar el contrato a centros especiales de empleo o empresas de inserción, debiéndose efectuar una nueva licitación abierta a todo tipo de empresas.

Asimismo, solicita que se requiera la remisión del expediente administrativo completo, al que deberá unirse toda la documentación presentada por los licitadores.

Igualmente, solicita que se requiera al Ayuntamiento de Fitero para que acredite la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 36 de la LFCP, así como que, antes de dictar la resolución del recurso, se le confiera plazo para formular sucintas alegaciones.

Por último, solicita la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de licitación al amparo del artículo 125 de la LFCP y, subsidiariamente, la suspensión del acuerdo a que hace referencia el artículo 125.3 “in fine” de la LFCP y el artículo 53 de la LCSP.

TERCERO.- Con fecha 8 de noviembre se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 11 de noviembre, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales contados desde el mismo día de la notificación del requerimiento, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación, y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

CUARTO.- Con fecha 19 de noviembre, don R. L. M. presentó un escrito en el que señala lo siguiente: *“Que, en relación con el Expediente 129/2021, solicito se proceda a aclarar al suscribiente si el Ayuntamiento de Fitero ha contestado alguno de los dos requerimientos de entrega de documentación efectuados los días 8 y 11 de Noviembre, todo ello a fin de que, en el caso de que se haya aportado tal documentación, se me facilite copia de la misma y se me dé traslado para formular alegaciones. Y en el caso de no haberse producido la entrega se entienda que ello es un reconocimiento de no concurrir los requisitos exigidos por el Art. 36 de la Ley Foral de Contratos no pudiendo por ello el Ayuntamiento de Fitero declarar reservado el contrato, cuyo pliego es objeto de la presente reclamación especial”*.

QUINTO.- Finalmente, el 22 de noviembre el Ayuntamiento de Fitero aportó el expediente de contratación, no habiendo presentado alegación alguna respecto a la reclamación interpuesta.

El mismo 22 de noviembre se requirió al órgano de contratación que procediera a completar el expediente remitido, mediante la aportación del informe de la unidad gestora del contrato a que hace referencia el artículo 138.3 de la LFCP, el cual se aportó el 23 de noviembre.

SEXTO.- No constan en el presente procedimiento terceros interesados a los efectos del trámite de audiencia previsto en el artículo 126.5 de la LFCP.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por las Entidades Locales de Navarra y, de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, son susceptibles de impugnación los pliegos de contratación y los actos de trámite que perjudiquen las expectativas de los licitadores.

SEGUNDO.- La reclamación formulada se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme al artículo 124.3.c) de la LFCP.

TERCERO.- Respecto a la legitimación activa, procede que nos detengamos en el análisis de la concurrencia de tal requisito en el reclamante, pues encontrándonos, tal y como establece la cláusula sexta del pliego regulador, ante un contrato reservado a Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción, éste no reúne tal condición. Circunstancia que, avanzamos ya, a la vista del contenido del escrito de interposición, obliga a tratar separadamente la legitimación para impugnar la reserva del contrato y la legitimación para impugnar la cláusula correspondiente al importe del mismo, que constituyen el objeto de la reclamación interpuesta.

Sobre la legitimación, establece el artículo 123.1 LFCP que *“La reclamación especial podrá ser interpuesta por cualquier persona que acredite un interés directo o legítimo. También podrá ser interpuesta por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna siempre que sea para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados.*

*Estarán también legitimadas para interponer este recurso las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que éstas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación”.*

Como bien sintetiza el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 244/2021, de 5 de marzo, reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo manifiesta que el interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga. Interés legítimo que, si bien es cierto que como regla general viene asociado a la participación en la licitación, también lo es que tal condición no siempre es equiparable a la capacidad para participar en el procedimiento de contratación; regla general que, tiene pues una excepción, en aquellos casos en que el reclamante impugne una cláusula del Pliego que le impida participar en condiciones de igualdad con la correspondiente licitación. Ello es así, por cuanto lo relevante es que la resolución recurrida, con carácter general, coloque a la parte reclamante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico, y que además, la decisión que se adopte sobre esa resolución repercuta de un modo efectivo y acreditado en su esfera jurídica.

En particular, y respecto del interés que puede ostentar quien no es licitador la precitada Resolución, con cita de su Resolución 865/2020, de 31 de julio, señala que *“Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la legitimación para recurrir los pliegos que rigen una licitación. En nuestra Resolución 990/2019, de 6 de septiembre, ya declaramos que: “este Tribunal viene restringiendo la legitimación para interponer el recurso especial a quienes hayan sido parte del procedimiento en, entre otras, la resolución 195/2015, de 27 de febrero, en que se dijo: “Este derecho o interés legítimo (como hemos dicho en la Resolución nº 619/2014, en la 899/2014 o en la 38/2015) no concurre entre quienes no han participado en el procedimiento, porque no pueden resultar adjudicatarios del mismo. No existe, en este caso, ninguna ventaja o beneficio que sea consecuencia del ejercicio de su acción, equiparable o asimilable a ese derecho o interés en que se concreta la legitimación activa para intervenir en este recurso especial”. Traslado este criterio a las impugnaciones de pliegos resulta, con carácter general, que únicamente los licitadores*

*pueden impugnar los pliegos. Afirmación que se matiza para permitir la impugnación de los pliegos a aquellas personas que no hayan podido tomar parte en la licitación precisamente por el motivo en que fundamentan su recurso. En este sentido Resolución 967/2015, de 23 de octubre, reiterada en la 809/2019 de 11 de julio: “el recurso debe ser inadmitido también por falta de legitimación activa, pues la entidad ya no va a poder tomar parte en el procedimiento de contratación, no impidiéndole -como ya hemos visto anteriormente- el motivo de su impugnación de los pliegos licitar al procedimiento que ahora recurre.”*

*En este sentido, el Tribunal viene admitiendo excepcionalmente (por todas, Resolución 924/2015, de 9 de octubre) la legitimación del recurrente que no ha concurrido a la licitación cuando el motivo de impugnación de los pliegos le impide participar en el procedimiento en un plano de igualdad (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 5 junio 2013).*

*En efecto, para admitir legitimación para recurrir los pliegos que rigen una licitación por quien no ha tomado parte en la misma resulta necesario que la entidad recurrente, al menos, se haya visto impedida de participar en base a las restricciones introducidas en los pliegos objeto de recurso, pues no resulta admisible un recurso en materia de contratación basado en un mero interés en la legalidad abstracta del procedimiento de licitación, no admitiéndose una acción popular en esta materia.*

*En este sentido, y como afirma la Resolución 1166/2019 de este Tribunal: “La regla es que únicamente los operadores económicos que han presentado oferta al procedimiento, están legitimados para impugnar los pliegos rectores del mismo, pues solo estos pueden llegar a obtener la adjudicación del contrato. Ahora bien, esta regla general, tiene una excepción, en aquellos casos en que el empresario recurrente impugne una cláusula del Pliego que le impida participar en condiciones de igualdad con la correspondiente licitación. En este último supuesto, ha señalado este Tribunal que es necesario que exista en el recurrente una intención directa en participar en condiciones de igualdad con otros licitadores, de modo que debe justificarse esa intención en participar en el proceso. (Resoluciones TACRC 235/2018, 686/2019, 523/2019, 990/2019, entre otras).”*

Así pues, para admitir legitimación para recurrir los pliegos que rigen una licitación por quien no ha tomado parte en la misma resulta necesario que la entidad



recurrente, al menos, se haya visto impedida de participar en base a las restricciones introducidas en los pliegos objeto de recurso, pues no resulta admisible una reclamación en materia de contratación basada en un mero interés en la legalidad abstracta del procedimiento de licitación, no admitiéndose una acción popular en esta materia.

En el supuesto analizado, del hecho de que el reclamante no reúna la condición de Centro Especial de Empleo o Empresa de Inserción deriva que su legitimación para impugnar el pliego no pueda basarse en su interés para obtener el contrato. No obstante, entre las cláusulas del pliego impugnadas figura la que establece la reserva que impide al reclamante participar en el procedimiento y acceder al contrato.

Pues bien, como se ha expuesto anteriormente, la legitimación para la interposición de la reclamación especial se caracteriza porque su hipotética estimación satisfaría un interés tangible del reclamante, distinto del mero cumplimiento de la legalidad; en este caso, la estimación de este motivo de impugnación supondría la cancelación de un procedimiento de adjudicación en el que no puede presentar una oferta y, muy probablemente, la tramitación de otro abierto a su concurrencia. Por ello, se considera que concurre el requisito de la legitimación activa para impugnar la reserva del contrato a Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción efectuada en la cláusula sexta del pliego regulador.

En cuanto al segundo motivo de impugnación, relativo a la confusión apreciada en la cláusula del precio del contrato, la concurrencia de legitimación activa del reclamante depende de que se estime la impugnación de la reserva, ya que, en ese caso, pasaría a tener la posición de potencial licitador; por el contrario, si se confirmara la adecuación a derecho de la reserva y la imposibilidad de que el reclamante accediera al contrato, no tendría ningún interés tangible en las citadas estipulaciones distinto del cumplimiento de la mera legalidad.

CUARTO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.a) de la LFCP.

QUINTO.- El reclamante solicita la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de licitación al amparo del artículo 125 de la LFCP y, subsidiariamente, la suspensión del acuerdo a que hace referencia el artículo 125.3 “in fine” de la LFCP y el artículo 53 de la LCSP.

Respecto a dicha solicitud, cabe señalar que la LFCP, modificada por la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, prevé la suspensión automática del acto recurrido por la mera interposición de la reclamación. Así, su artículo 124.4 dispone que *“La impugnación de actos de trámite o de la adjudicación de un contrato, acuerdo marco o la impugnación de un encargo a un ente instrumental conllevará la suspensión automática del acto impugnado hasta el momento en que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra adopte un Acuerdo sobre la reclamación presentada”*.

Por su parte, el artículo 125 del mismo cuerpo legal, en el que se regulan las medidas cautelares, señala en su apartado primero que *“Los interesados en la licitación y adjudicación de un contrato público podrán solicitar del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, en los plazos señalados en el artículo anterior, la adopción de medidas cautelares para corregir la infracción alegada o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas la suspensión del procedimiento o de cualquier decisión adoptada en el seno del mismo, siempre y cuando, en los citados casos, no se produzca la suspensión automática del acto impugnado prevista en el artículo 124.4 de esta ley foral”*.

Por último, el mismo precepto en su apartado tercero prevé que *“El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra recabará de la entidad afectada el expediente administrativo o la documentación del contrato. El órgano de contratación dispondrá de dos días hábiles para presentarlo y para efectuar las alegaciones que considere oportunas. Transcurrido dicho plazo, se haya aportado o no la documentación requerida, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra resolverá motivadamente, en el plazo de cinco días hábiles. Finalizado dicho plazo sin que se haya notificado la resolución expresa, se entenderá desestimada la solicitud, salvo que se haya solicitado la suspensión de un acto o del procedimiento de*

*licitación, en cuyo caso la falta de notificación en plazo tendrá carácter estimatorio de la solicitud de suspensión.*

*Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la suspensión automática de los actos de trámite, del acto de adjudicación, de un acuerdo marco o del encargo a un ente instrumental cuando se presente una reclamación especial en materia de contratación pública contra dichos actos.”*

Por lo tanto, con la interposición de la reclamación se produce la suspensión automática del acto impugnado y, con ella, la del propio procedimiento de contratación, sin que resulte necesario realizar un pronunciamiento respecto a la petición realizada al respecto por el reclamante.

SEXTO.- También con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo planteadas debemos pronunciarnos sobre las peticiones que realiza el reclamante en relación con el requerimiento al Ayuntamiento en orden a incluir en el expediente a remitir a este Tribunal la documentación presentada por los licitadores y la acreditación de la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 26 LFCP; así como la sustanciación de trámite para formular alegaciones con carácter previo a la resolución de la reclamación interpuesta.

El objeto de la reclamación está constituido por el pliego regulador del contrato de concesión de servicios limpieza y conserjería colegio público Juan de Palafox de Fitero, resultando por tanto improcedente, en la medida en que no guarda relación con éste, requerir la aportación de las proposiciones que hayan presentado los eventuales licitadores; documentación que, por tal motivo, resulta innecesaria para la resolución de la controversia suscitada en este concreto procedimiento de reclamación.

De igual modo, tampoco procede requerir a la citada Entidad Local a los efectos de que acredite el cumplimiento de los requisitos que el artículo 36 LFCP en relación con la reserva de contratos por motivos sociales, pues encontrándonos ante un contrato reservado al amparo de dicho precepto, las cuestiones al efecto planteadas relativas al cumplimiento de la obligación legal de reserva y de la indicación expresa de tal

circunstancia en el anuncio de licitación de este concreto supuesto ya constan, como más adelante veremos, en el expediente de contratación remitido a este Tribunal.

Finalmente, respecto a la solicitud de trámite de alegaciones complementarias procede traer a colación la doctrina de este Tribunal recogida, entre otros, en nuestro Acuerdo 105/2020, de 6 de noviembre, donde manifestamos que *“Realizada la anterior precisión, debemos traer a colación la doctrina de este Tribunal sobre la posibilidad de formular alegaciones complementarias en el seno del procedimiento de la reclamación especial en materia de contratación pública, recogida, entre otros, en nuestro Acuerdo 82/2019, de 25 de octubre, en el que señalamos que “A este respecto, debe recordarse que la LFCP no prevé la realización de los trámites que se solicitan. En relación con la admisión de nuevas alegaciones, este Tribunal ya manifestó en el Acuerdo 44/2019, de 21 de mayo, que, dadas las características de la Reclamación especial en materia de contratación pública, en particular la relativa a la necesaria celeridad de su tramitación, con carácter general, no resulta procedente la realización de alegaciones complementarias. Así, en el fundamento quinto de dicho Acuerdo se establecía lo siguiente:*

*“Según consta en el art. 126 de la LFCP el procedimiento de reclamación ante este Tribunal sólo prevé que el órgano de contratación aporte sus alegaciones en el plazo de dos días hábiles, tras lo cual se da traslado al resto de interesados, sin contener ninguna referencia o posibilidad de realizar alegaciones complementarias.*

*Por tanto, no se contempla en la regulación procedimental la posibilidad de presentar nuevas alegaciones en cualquier momento distinto del que específicamente se prevé en el citado art. 126, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento administrativo (...).”*

*Y ello es así puesto que como indica el Tribunal Supremo (STS de 9 de julio de 2012) el silencio de la regulación debe interpretarse en el sentido de excluir tal facultad: <dicha norma no resulta aplicable a los procedimientos de concurrencia, como es el caso de los procesos selectivos, en los que confluyen intereses de terceros junto con los del solicitante; razón por la que los interesados están obligados a presentar la solicitud y acreditar la pretensión de que se trate dentro del periodo inicial establecido para ello, dado que, en otro caso, se introducirían elementos de*

*inseguridad en el desarrollo de tales procedimientos que perturbarían gravemente el principio de igualdad que debe regir en su seno con especial significación>.*

*A ello debemos añadir que nos encontramos ante un procedimiento de trámites tasados y presidido por el criterio de máxima celeridad, en el que se trata de evitar continuos nuevos motivos de oposición y de impugnación entre las partes que llevarían a prolongar excesivamente la duración del procedimiento puesto que la admisión de nuevas alegaciones por una parte, en virtud del principio contradictorio, conlleva necesariamente la obligatoriedad de abrir un nuevo plazo para rebatirlas por las otras partes.*

*Sin embargo, tampoco cabe excluir de plano tal posibilidad si bien deberá hacerse con criterios restrictivos y justificados debido a la complejidad del asunto o al conocimiento de nuevos datos que se desconocían en el momento de finalizar el plazo. En estos casos sí podría justificarse la admisión de nuevas alegaciones garantizando en todo caso el principio contradictorio, que obliga a oír a todos los interesados en relación con las nuevas alegaciones.”. Doctrina que debe completarse con la regulación contenida en el artículo 126.1 de la LFCP, en la redacción dada por la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, que alude a la posibilidad de que el reclamante realice alegaciones complementarias tras el acceso al expediente de contratación, siempre y cuando el órgano de contratación haya incumplido su obligación de facilitar dicho acceso previa solicitud del reclamante.*

Siendo esto así, y teniendo en cuenta que en el presente supuesto no se acredita la concurrencia de ninguna de las circunstancias previstas en orden a conferir el trámite de alegaciones complementarias solicitado, procede la desestimación de la solicitud en tales términos formulada. No pudiendo tampoco tener favorable acogida lo pretendido por el reclamante en su escrito de fecha 19 de noviembre de 2021 en el sentido de que del hecho de no aportarse el expediente de contratación en plazo “*se entienda que ello es un reconocimiento de no concurrir los requisitos exigidos por el Art. 36 de la Ley Foral de Contratos no pudiendo por ello el Ayuntamiento de Fitero declarar reservado el contrato*”, toda vez que el incumplimiento de tal obligación por parte de la entidad contratante tendrá las consecuencias previstas en el artículo 126.4 de la LFCP, sin que ello pueda suponer un allanamiento tácito como pretende el reclamante.

SÉPTIMO.- Entrando ya en las cuestiones de fondo, como primer motivo de impugnación plantea el reclamante que la reserva del contrato a centros especiales de empleo o empresas de inserción no se ajusta a derecho, interesando la anulación de la licitación, por cuanto debe estar abierta a todo tipo de empresas, y del pliego. Pretensión que fundamenta, de un lado, en que los trabajadores de los centros especiales de empleo deben ser minusválidos físicos, psíquicos o sensoriales y en este caso existe obligación de subrogar a un trabajador que no lo es; y de otro lado, en que el Ayuntamiento no ha incorporado al expediente la acreditación del cumplimiento de determinadas exigencias establecidas en el artículo 36 LFCP.

Sobre la reserva de contratos por motivos sociales, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en su Considerando 36 señala que *“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”*. Añadiendo en su artículo 20 que *“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”*.

Como expusimos en nuestro Acuerdo 9/2021, de 29 de enero, de acuerdo con el criterio expresado por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 368/2018, de 28 de noviembre, el tenor del artículo 20 de la Directiva supone que en este caso el legislador dispone de un amplio margen de decisión, puesto que la normativa europea, la Directiva, le permite que adopte o no la posibilidad de reserva. Por tanto, es al legislador nacional a quien corresponde delimitar y concretar las condiciones de esos operadores económicos destinatarios de la reserva pudiendo establecer que tengan como objeto principal la integración social y profesional de las personas con discapacidad o más desfavorecidas.

Dicha regulación ha sido objeto de transposición al ordenamiento jurídico foral a través del artículo 36 de la LFCP, que regula los contratos reservados por motivos sociales en los siguientes términos: *“1. Los poderes adjudicadores deberán reservar la participación en los correspondientes procedimientos de adjudicación de contratos de servicios, obras, suministros y concesión de servicios a Centros especiales de empleo sin ánimo de lucro o Centros Especiales de Empleo de iniciativa social o Empresas de Inserción.*

*A los efectos de la aplicación de esta ley foral, se consideran centros especiales de empleo de iniciativa social aquellos participados o promovidos en más de un 90% directamente, por una o varias entidades privadas sin ánimo de lucro, sean asociaciones, fundaciones, u otro tipo de entidades de economía social, y que, en sus estatutos o acuerdos fundacionales se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para la creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad.*

*2. La reserva podrá afectar al objeto íntegro del contrato o sólo a uno o varios de los lotes del mismo. En todo caso, será necesario que las prestaciones se adecuen a las peculiaridades de tales entidades.*

*La reserva podrá realizarse para todas o alguna de las tipologías de entidades del apartado 1.*

*3. En el ámbito de sectores objeto de contratación centralizada, los órganos de contratación podrán contratar al margen de la misma si optan por reservar el contrato, siempre que los pliegos del correspondiente procedimiento de contratación centralizada hayan previsto esta excepción.*

4. El importe de los contratos reservados será de un 6% como mínimo del importe de los contratos adjudicados en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior.

5. Todas las entidades sometidas a esta ley foral deberán fijar y publicar las condiciones para alcanzar el cumplimiento del 6% de reserva con los contratos que prevean adjudicar cada ejercicio y previo análisis de la posibilidad de reservar dividiendo en lotes. En el caso en que se prevea no poder alcanzarlo, deberán establecer las alternativas para conseguir los fines propios de estas reservas.

Entre las alternativas, podrá acordarse exigir una de las siguientes condiciones al contratista principal en aquellos contratos en que no quepa la reserva:

-Que subcontrate con un CEE sin ánimo de lucro, un CEE de iniciativa social o una Empresa de Inserción aquellos servicios accesorios que sí presten este tipo de empresas.

-Que en caso de necesitar sustituir o contratar más personal, acredite haber remitido a los servicios de empleo y/o agencias de colocación o al Departamento de Derechos Sociales la oferta de empleo para cubrir dichos puestos con personas con discapacidad o en situación de exclusión social.

-Que organice prácticas laborales para personas con discapacidad o en situación de exclusión social.

6. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la reserva del contrato por motivos sociales prevista en este artículo.

7. Cuando, tras haberse seguido un procedimiento de un contrato reservado, no se haya presentado ninguna oferta o las ofertas no sean adecuadas, se podrá licitar de nuevo el contrato sin efectuar la reserva inicialmente prevista, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del mismo. No obstante, el importe de dicho contrato computará a efectos de integrar el porcentaje establecido en el apartado 4 de este artículo.

8. En los contratos reservados no se exigirá la constitución de garantías, sea provisionales o definitivas, salvo que, de forma excepcional, se motive su necesidad e el expediente.

9. El porcentaje máximo de contratación que se permitirá en los contratos reservados será del 20% del precio del contrato, salvo que la subcontratación se realice con otro Centro Especial de Empleo o Empresa de Inserción, o con la entidad



*promotora de la Empresa de Inserción adjudicataria del contrato, siempre que la entidad hubiera sido calificada con anterioridad como Centro de Inserción Sociolaboral y el porcentaje de trabajadores de la misma que hayan estado sometidos a procesos de inserción sea como mínimo del 50 por 100, en cuyo caso se aplicará el régimen general de subcontratación previsto en esta Ley Foral.*

*10. Todas las entidades que forman parte del sector público foral deberán publicar con carácter anual el listado y el importe total de los contratos reservados a Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción.”*

Sentado lo anterior, en el precitado Acuerdo 9/2021, de 29 de enero, indicamos que la reserva a los centros especiales de empleo se hace, exclusivamente, respecto de los que carezcan de ánimo de lucro, conforme al artículo 5.b) del Real Decreto 2273/1985, de 4 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo, que señala que *“atendiendo a la aplicación de sus posibles beneficios, los Centros podrán carecer o no de ánimo de lucro, según que aquellos repercutan en su totalidad en la propia institución o se aproveche parte de ellos en otra finalidad distinta que haya de cubrir la Entidad titular del mismo”*, y de los de iniciativa social, en los términos que son definidos en la propia LFCP.

También en dicho Acuerdo, sobre tales entidades, señalamos que *“la calificación a que nos venimos refiriendo constituye, en los contratos reservados, un requisito de capacidad o aptitud para licitar, de forma que las personas licitadoras que no lo reúnan no podrán participar en el procedimiento, debiendo, en su caso, ser excluidos de la licitación; requisito que, además, debe, por imperativo legal concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato. Así lo pone de manifiesto el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 237/2020, de 20 de febrero, referida por la reclamante, al señalar que “(...) Tratándose de contratos reservados a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social, este requisito opera en un doble sentido, de un lado constituye un beneficio legal en favor de quienes poseen esa condición, y de otro supone la exclusión, como contraparte de ese beneficio, de aquellas personas jurídicas que no poseen tal condición, incluyendo aquellos Centros Especiales de Empleo que no son de iniciativa social.*

*Es por ello un requisito de capacidad o aptitud para licitar y, de conseguir la adjudicación, ejecutar el contrato, de modo que en este caso la capacidad del licitador no se limita a acreditar la válida constitución de la persona jurídica, sino que es necesario además acreditar que dicha persona jurídica tiene la condición de Centro Especial de Empleo, y dentro de ella, de iniciativa social.*

*En efecto el requisito se predica del licitador como tal, es decir es un elemento esencial atinente a su naturaleza y configuración jurídica, por lo que constituye un requisito previo para concurrir a la licitación de los previstos en el artículo 140 de la LCSP que, conforme a su apartado 4, deben concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato, como los demás requisitos de capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar.*

*No cabe pues tener la condición de Centro Especial de Empleo de iniciativa social en un momento posterior al momento de presentación de la oferta y por ello el PCAP exige que se incluya en la documentación integrante del sobre uno "documentación administrativa" una declaración responsable de que el licitador es un Centro Especial de Empleo de iniciativa social; declaración que ha de completarse una vez producida la propuesta de adjudicación a favor del licitador mediante la acreditación de tal condición declarada con la aportación de un certificado de inscripción en el Registro correspondiente, si así lo contempla la normativa de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio el Centro desarrolle su actividad, o mediante documento equivalente, en caso contrario”.*

En nuestro caso, la cláusula sexta del pliego regulador “Reserva del Contrato”, establece que *“El contrato está reservado a centro Especial de Empleo o Empresa de inserción, en cumplimiento del artículo 36 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos”*. Incorporándose expresamente en el anuncio de licitación la siguiente indicación: *“Reserva contratos artículo 36 Reserva en licitación: Si”*.

Expuesto el marco legal y la finalidad que subyace a la reserva de contratos por motivos sociales prevista en el artículo 36 LFCP y aplicada en el supuesto analizado, procede dar respuesta a las objeciones que al respecto plantea el reclamante. Así, considera, en primer término, no cabe tal reserva por cuanto, conforme a los artículos 1 y 8 del Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, los trabajadores de los centros

especiales de empleo (nada alega al respecto en relación con las empresas de inserción) deben ser personas con discapacidad, siendo así que en el presente caso hay obligación de subrogar a una persona que no tiene discapacidad.

Empero, el artículo 43 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, sobre esta cuestión establece que *“1. Los centros especiales de empleo son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. Igualmente, los centros especiales de empleo deberán prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal y social que requieran las personas trabajadoras con discapacidad, según sus circunstancias y conforme a lo que se determine reglamentariamente.*

*2. La plantilla de los centros especiales de empleo estará constituida por el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70 por 100 de aquélla. A estos efectos no se contemplará el personal sin discapacidad dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social.”*

Así pues, contrariamente a lo alegado, no toda la plantilla de los centros especiales de empleo debe estar integrada por personas trabajadoras con discapacidad, manteniendo dicha condición siempre y cuando tengan en su plantilla, como mínimo, un 70% de trabajadores con discapacidad. Resultando así que la obligación de subrogar a un trabajador que no tiene dicha condición en ningún caso impide reservar la participación en el presente contrato a las entidades referidas; procediendo, por tanto, la desestimación de la impugnación, por este motivo, de la cláusula sexta del pliego.

De otro lado, el reclamante impugna también esta misma cláusula del pliego regulador por cuanto la entidad contratante no ha incorporado al expediente la acreditación de cumplir con las exigencias del artículo 36 para declarar reservado este contrato. Concretamente, el cumplimiento de reservar mínimamente un 6% del importe de los contratos adjudicados en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior

(apartado cuarto), la publicación de las condiciones para alcanzar el cumplimiento del 6% de reserva con los contratos que prevea adjudicar cada ejercicio y del resto de condiciones contenidas en el apartado quinto del citado precepto y la publicación anual del listado e importe total de los contratos reservados (apartado décimo); añadiendo, asimismo, el incumplimiento de lo dispuesto en el apartado sexto de dicho precepto, por cuanto el anuncio de licitación no hace referencia a que la reserva lo sea por motivos sociales. Motivo de impugnación que, por las razones que detallamos a continuación, no puede prosperar.

Comenzando por la primera de las objeciones señaladas, como bien apunta el reclamante, el artículo 36.4 LFCP señala que *“El importe de los contratos reservados será de un 6% como mínimo del importe de los contratos adjudicados en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior”*. Obligación general dirigida a los órganos de contratación cuyo cumplimiento en modo alguno se configura como requisito para realizar la reserva en cada concreto supuesto.

En relación con ello, la Resolución 754/2021, de 24 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, expone que *“Sobre la inexistencia de acuerdo que expresamente fije el porcentaje mínimo de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción, es obvio que la introducción de esta exigencia en la tan citada D. Ad. cuarta, por su carácter de “mínimo”, se hace para garantizar que haya contratos reservados; por lo que contradiría la lógica jurídica que su omisión provocase la imposibilidad de hacer tal reserva.*

*Tanto es así, que la propia norma prevé la consecuencia de que no se adopten tales acuerdos en el plazo de un año, y por supuesto no es que no puedan reservarse contratos, sino, como hemos visto, señala que “Si transcurrido este plazo el Acuerdo de Consejo de Ministros no se hubiera adoptado, los órganos de contratación del sector público estatal deberán aplicar el porcentaje mínimo de reserva de 7 por ciento, que se incrementará hasta un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI celebrados en el*

*ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva, en los términos indicados en el primer párrafo de este apartado”. La falta de previsión al efecto en el ámbito de las CCAA y CCLL no puede implicar-insistimos-, dado el carácter de garantía de aplicación de la reserva que tiene esta previsión de mínimos, que en tales ámbitos no pueda realizarse la reserva si no se adoptan tales acuerdos, sino simplemente la existencia de mayor libertad de configuración al efecto.”*

Dicho lo anterior, consta en el expediente el informe razonado de la unidad gestora del contrato que señala que *“dado que hasta el momento ni en este ejercicio ni tampoco en todos los anteriores se ha reservado por motivos sociales ningún contrato, resulta adecuado y conveniente en cumplimiento de la Ley Foral de Contratos Públicos proceder a la reserva de este contrato”*. Advertencia que se refiere, igualmente, en el informe jurídico obrante en el expediente, y que evidencia, por tanto, el incumplimiento por parte del Ayuntamiento de Fitero de su obligación de reservar un importe mínimo del 6% respecto al importe de los contratos adjudicados en el ejercicio presupuestario anterior.

Empero, como hemos indicado, de tal incumplimiento no puede derivar, como pretende la reclamante, la imposibilidad de realizar dicha reserva en el presente contrato, pues tal interpretación además de conducirnos al absurdo - en la medida en que supondría sostener que incumplida dicha obligación un ejercicio, esta ya no pudiera cumplirse en adelante -, en modo alguno se corresponde con la voluntad del legislador foral al contemplar la reserva de contrato por motivos sociales, que no es otra que permitir que la contratación sea un instrumento para la ejecución de las políticas públicas de carácter social que determinen los poderes públicos, es decir, con el fomento de la política social; y no sólo eso, sino garantizar que efectivamente se reserven contratos públicos a tales entidades, de ahí que de la voluntariedad inicialmente prevista en la derogada Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, se haya derivado a una previsión de obligado cumplimiento por parte de los distintos poderes adjudicadores.

Del incumplimiento de la obligación citada deriva el de la obligación prevista en el apartado décimo del artículo LFCP de publicar con carácter anual el listado y el importe total de los contratos reservados a Centros Especiales de Empleo y Empresas de

Inserción, pues si dicha entidad local no ha efectuado reserva alguna hasta este contrato nada ha podido publicar al respecto. Si bien tal previsión legal no es sino una obligación formal, dirigida en este caso a dotar de publicidad la actividad realizada por los órganos de contratación a este respecto, no constituyendo presupuesto o requisito necesario para poder disponer la reserva en las subsiguientes anualidades.

De igual modo, tampoco el incumplimiento de la publicación de las condiciones para alcanzar el cumplimiento del 6% de reserva con los contratos que cada entidad contratante prevea adjudicar cada ejercicio, previo análisis de la posibilidad de reservar dividiendo en lotes, o en su caso el establecimiento de alternativas para conseguir los fines propios de estas reservas, requerido en el apartado décimo de dicho precepto, constituye obstáculo alguno para establecer, respecto de cada contrato concreto, la reserva que prevé nuestra ley foral, pues tal consecuencia además de no preverse en dicha norma resulta contraria a su propia finalidad de la obligación recogida en su artículo 36 que es garantizar que haya contratos reservados, de forma que contradiría la lógica jurídica que la omisión de la publicación de las condiciones que se prevean para alcanzar tal objetivo, por más deseable que ésta sea siquiera a los solos efectos que derivan del principio de transparencia, determinase la imposibilidad de hacer tal reserva.

Finalmente, el anuncio de licitación publicado da cumplimiento a lo dispuesto en el apartado sexto del artículo 36 en cuya virtud *“En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la reserva del contrato por motivos sociales prevista en este artículo”*, pues indica expresamente que se trata de un “contrato reservado conforme al artículo 36 de la LFCP”, que precisamente lleva por denominación “Contratos reservados por motivos sociales”; no resultando necesario a estos efectos la mención expresa “por motivos sociales”, pues se sobreentiende con la remisión expresa al citado precepto contenida en el anuncio.

En definitiva, procede la desestimación de la reclamación interpuesta, sin que sea necesario analizar el motivo de impugnación relativo a la confusión con el precio del contrato por referirse, desde el punto de vista del reclamante, a cuestiones de mera legalidad, ya que éste, confirmada la legalidad de la reserva del contrato por motivos sociales, en ningún caso puede acceder al procedimiento de adjudicación impugnado.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por don R. L. M. frente al anuncio de licitación y el pliego regulador del contrato de concesión de servicios “*Limpieza y Conserjería Colegio Público*”, aprobados por el Ayuntamiento de Fitero.

2º. Notificar este acuerdo a don Ramón Lázaro Martínez, al Ayuntamiento de Fitero, así como al resto de interesados que figuren en el expediente y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que, frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 26 de enero de 2022. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu.