



Expte. 29/2015

ACUERDO 21/2015, de 17 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública presentada por don J.L.L. en representación de “TALLERES AUXILIARES DE SUBCONTRATACIÓN INDUSTRIA NAVARRA, S.A.” frente a la adjudicación por “Gestión Ambiental de Navarra, S.A.” del contrato relativo a la “*Gestión ambiental y seguridad en la red de carreteras de Navarra, de la zona de BIDASOA*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 19 de enero de 2015 “Gestión Ambiental de Navarra, S.A.” (en adelante, GANASA) publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación, por procedimiento abierto inferior al umbral comunitario, del contrato relativo a la “*Gestión ambiental y seguridad en la red de carreteras de Navarra, de la zona de BIDASOA*”. En el apartado 2 de las Condiciones Reguladoras de la Licitación (CRL) se establece que el contrato “*tendrá carácter reservado de acuerdo al artículo 9 de la Ley Foral de Contratos Públicos 6/2.006*”.

SEGUNDO.- Respondiendo al anuncio de licitación presentaron proposiciones “TALLERES AUXILIARES DE SUBCONTRATACIÓN INDUSTRIA NAVARRA, S.A.” (en adelante, TASUBINSA) y “GRUPO SIFU NAVARRA, S.L.” (en adelante, GRUPO SIFU). Con fecha 25 de febrero de 2015, GANASA comunicó a las empresas participantes en la licitación que GRUPO SIFU había resultado adjudicataria del contrato.

TERCERO.- El 3 de marzo de 2015 don J.L.L. en representación de TASUBINSA, interpone reclamación en materia de contratación pública ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, en la que solicita se anule la adjudicación del contrato a GRUPO SIFU y se ordene a la entidad contratante que dicte

una nueva resolución en la que se proceda a la adjudicación del contrato en su favor, por entender que la adjudicataria no reúne los requisitos para ser considerada un centro especial de empleo sin ánimo de lucro, como exige el artículo 9 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP).

CUARTO.- El día 5 de marzo de 2015 GANASA aporta el expediente de la licitación y su escrito de alegaciones, en el que únicamente manifiesta que el certificado de Centro Especial de Empleo presentado por GRUPO SIFU “*se consideró como apropiado para poder concurrir al presente procedimiento de contratación pública*”.

QUINTO.- Con fecha 5 de marzo de 2015 se solicita por la Secretaría del Tribunal al resto de interesados la presentación de las alegaciones que consideren convenir a su derecho, otorgando para ello un plazo de tres días hábiles. Ninguna alegación se ha presentado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sociedad pública “Gestión Ambiental de Navarra, S.A.” entidad contratante, es una sociedad incluida en el ámbito de aplicación del artículo 184 del Libro II de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio de Contratos Públicos (en adelante LFCP) y, en consecuencia, conforme a lo previsto en el artículo 2.1.e) al que se remite, las decisiones que adopte la citada sociedad en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, como es el caso, están sometidas a las disposiciones de la LFCP y, de acuerdo con el artículo 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de uno de los licitadores participantes en el procedimiento de adjudicación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP de estar interesado en la licitación y adjudicación del contrato.

TERCERO.- Por otro lado, la LFCP contempla un plazo de diez días naturales para la interposición de la reclamación en materia de contratación pública, contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto impugnado cuando se recurran los actos de licitación y de adjudicación por parte de los licitadores, como ocurre en este caso (artículo 210 apartado 2, letra b, de la LFCP), por lo que la reclamación debe entenderse interpuesta en plazo.

CUARTO.- Se impugna la adjudicación por considerar que existe causa de exclusión del adjudicatario al no reunir los requisitos exigidos en las Condiciones Regulatoras de la Licitación para concurrir, infracción que se encuentra dentro de los motivos tasados que el artículo 210.3.c) de la LFCP recoge para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- La cuestión que se plantea en esta reclamación únicamente exige comprobar si GRUPO SIFU reúne las condiciones exigidas para participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público reservado por la entidad contratante a Centros Especiales de Empleo sin ánimo de lucro, conforme a lo establecido en el artículo 9 de la LFCP.

Para realizar esta comprobación nos encontramos con la dificultad de que en el expediente de la licitación, remitido por GANASA, no consta la documentación necesaria para poder realizarla, es decir, la documentación acreditativa de la personalidad y capacidad de la empresa adjudicataria. Esta documentación no consta por dos razones, la primera, porque las CRL establecen en su apartado 6 que *“GAN permitirá a los licitadores que la aportación inicial de documentación se sustituya por una declaración responsable (anexo II) del licitador indicando que cumple con los requisitos para contratar establecidos en el presente condicionado”*, posibilidad de la que hizo uso GRUPO SIFU, y la segunda, directamente vinculada a la anterior, porque las mismas Condiciones, ahora en su apartado 10, exigen la presentación de esta documentación al *“licitador que resulte adjudicatario”*, para lo cual se establece un plazo de siete días naturales desde la notificación de la adjudicación.

De este modo, la entidad adjudicadora no podía conocer con certeza antes de adoptar la decisión de adjudicación si la hoy adjudicataria cumplía las condiciones exigibles ya que solamente contaba con una declaración responsable de la misma, que consta en el expediente, en la que esto se declara con rotundidad por parte del representante de GRUPO SIFU.

Con independencia de las consecuencias que pueden derivar de la inexactitud o falsedad de una declaración responsable de este tipo, que luego veremos, es evidente que las CRL no se ajustan a lo previsto en la LFCP ya que su artículo 195, apartado 1, segundo párrafo, según redacción dada por la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, establece lo siguiente:

“Las condiciones reguladoras podrán establecer que la aportación inicial de la documentación se sustituya por una declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones establecidas en esta Ley Foral para contratar. En tal caso, el licitador a cuyo favor vaya a recaer la propuesta de adjudicación deberá acreditar la posesión y validez de los documentos exigidos en el plazo máximo de siete días desde que se le notifique tal circunstancia.”

Si bien lo previsto en las CRL sí que se ajustaba a la regulación establecida en la LFCP antes de la modificación operada por la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, en el momento de inicio de este procedimiento de adjudicación la norma ya había cambiado y este cambio normativo no ha sido asumido por GANASA en el condicionado, lo que implicaría la existencia de una causa de anulabilidad en las CRL.

No obstante, la carencia de estos elementos de juicio ha sido subsanada por el propio reclamante al aportar como prueba, entre otros documentos, los Estatutos de “GRUPO SIFU NAVARRA, S.L.” inscritos en el registro mercantil así como las Cuentas Anuales año 2013 de “GRUPO SIFU NAVARRA, S.L.” y las Cuentas Anuales año 2013 de “GRUPO SIFU INTEGRACIÓN LABORAL, S.L.” (empresa dominante de GRUPO SIFU) depositadas en el Registro Mercantil.

SEXTO.- Entrando en el fondo del asunto, para conocer qué es un Centro Especial de empleo a los efectos de la aplicación del artículo 9 de la LFCP debemos traer aquí lo expresado en nuestro Acuerdo 17/2013, de 23 de julio (expediente R-22/2013):

“La Directiva 2004/18 establece en su Considerando 28 que “el empleo y la ocupación son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos y contribuyen a la inserción en la sociedad. En este contexto, los programas de talleres y empleos protegidos contribuyen eficazmente a la inserción o reinserción de personas con discapacidad en el mercado laboral. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido.”

Esta posibilidad se concreta en el artículo 19 de dicha Directiva al establecer que “los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. La presente disposición deberá mencionarse en el anuncio de licitación.”

Por su parte la LFCP regula la reserva de contratos en su artículo 9, según redacción dada por la Ley Foral 13/2009, de 9 noviembre disponiendo que:

“1. Las entidades públicas sometidas a la Ley Foral deberán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a Centros Especiales de Empleo sin ánimo de lucro y Centros de Inserción Sociolaboral o reservar su ejecución a determinadas empresas en el marco de programas de empleo protegido cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas o en

situación de exclusión social que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias y/o carencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales.

2. El importe de los contratos reservados será de un 6 por 100 como mínimo del importe de los contratos adjudicados en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior.

3. Los anuncios de licitación de los contratos objeto de esta reserva deberán mencionar expresamente la presente disposición.”

Conforme a dicho precepto cabe afirmar que la reserva de participación puede realizarse exclusivamente a favor de Centros Especiales de Empleo sin ánimo de lucro y Centros de Inserción Sociolaboral.

La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, en su artículo 42.1 define los Centros Especiales de Empleo como “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.”

El artículo 1 del Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la LISMI reitera esa definición al tiempo que exige que la totalidad de la plantilla de los Centros Especiales de Empleo estará constituida por trabajadores minusválidos, sin perjuicio de las plazas en plantilla del personal no minusválido, imprescindible para el desarrollo de su actividad. Su artículo 2 determina que sin perjuicio de la función social que los Centros Especiales de Empleo han de cumplir y de sus peculiares características, “su estructura y organización se ajustará a los de las Empresas ordinarias.”

Pero sin duda, el precepto que adquiere más relevancia en el supuesto que nos ocupa es el artículo 5.b) que determina 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.”

Por su parte, el artículo 1665 del Código Civil identifica el concepto de ánimo de lucro con el reparto de ganancias entre los socios.

Podría acudir también a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, en cuanto a que el ánimo de lucro es el elemento diferenciador entre sociedad y asociación.

Ésta en su artículo 13.2 determina que “los beneficios obtenidos por las asociaciones, derivados del ejercicio de actividades económicas, incluidas las prestaciones de servicios, deberán destinarse, exclusivamente, al cumplimiento de sus fines, sin que quepa en ningún caso su reparto entre los asociados ni entre sus cónyuges o personas que convivan con aquéllos con análoga relación de afectividad, ni entre sus parientes, ni su cesión gratuita a personas físicas o jurídicas con interés lucrativo.”

La doctrina ha considerado para estimar que la asociación no es sociedad hay que atender a las vertientes objetiva (que el fin de la sociedad no sea la obtención de beneficios) y subjetiva (que los beneficios no se reparta entre los socios). En el caso que nos ocupa es claro que si estamos ante una sociedad mercantil lo relevante debe ser cuál es el destino de los beneficios. Igual ocurre en el caso de las fundaciones, reguladas en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Éstas pueden percibir beneficios (artículo 26) pero su carácter de entidades sin ánimo de lucro (artículo 2) determina la imposibilidad de reparto de beneficios y la obligación de dedicar un alto porcentaje a la realización de los fines fundacionales y el resto a aumentar la dotación o bien las reservas según acuerdo del Patronato (artículo 27) debiendo observarse si en los estatutos existe un reparto encubierto hacia los patronos,...(artículo 3: 3. “en ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus

cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general.”)

En conclusión, para entender que existe ánimo de lucro o no debe observarse que se repercutan o no la totalidad de los posibles beneficios en la propia institución, sin que tenga que concurrir, siempre a efectos de contratación pública, ni la declaración de utilidad pública ni de la imprescindibilidad.

El último requisito exigible por el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre es la calificación e inscripción. El artículo 7 exige su calificación e inscripción en el Registro de Centros que la Administración Central, o, en su caso, las Administraciones Autonómicas, crearán dentro de su ámbito de competencias. Al mismo tiempo exige que para que pueda efectuarse la calificación e inscripción, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- “1. Acreditación de la personalidad del titular.*
- 2. Justificar mediante el oportuno estudio económico las posibilidades de viabilidad y subsistencia del Centro, en orden al cumplimiento de sus fines.*
- 3. Estar constituida su plantilla por trabajadores minusválidos conforme a lo señalado en el artículo 1.º, con contrato laboral escrito, suscrito con cada uno de ellos, conforme a la normativa vigente.*
- 4. La previsión de tener en plantilla al personal técnico y de apoyo en posesión de las titulaciones profesionales adecuadas, que la actividad del Centro precise.”*

En definitiva un Centro Especial de Empleo carece de ánimo de lucro cuando repercute la totalidad de los posibles beneficios en la propia institución y si figura calificado e inscrito en el registro de la Administración competente, puede concluirse que reúne los requisitos por el artículo 9 de la LFCP.”

SÉPTIMO.- Examinada la documentación presentada por la reclamante, no cabe duda de que GRUPO SIFU no reúne las condiciones señaladas en el fundamento

anterior para poder participar en el procedimiento de adjudicación que nos ocupa dado que no carece de ánimo de lucro, por lo que no cumple el requisito señalado en el precitado el artículo 5.b) del Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la LISMI.

La prueba de ello es que en los Estatutos de “GRUPO SIFU NAVARRA, S.L.”, según la escritura de 3 de junio de 2014, formalizada ante el Notario de Sant Joan Despi-Barcelona, don Jorge Vicente Farres Reig (nº 2014/954 de su protocolo) y presentados en el Registro Mercantil con fecha 9 de febrero de 2015, aportados por la reclamante y no puestos en duda por ninguna de las partes interesadas en este procedimiento, no consta que la mercantil esté obligada a repercutir la totalidad de sus posibles beneficios en la propia institución o a aprovechar parte de ellos en otra finalidad distinta que haya de cubrir la Entidad titular del Centro. Al respecto lo único que se significa en sus Estatutos, “*Capítulo IV.- Cuentas anuales.- Artículo 23º*” es que “*los Administradores de la Sociedad formularán en el plazo máximo de tres meses contados desde el cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación de resultados...*”.

Dado que no existe ninguna otra determinación en los Estatutos de la sociedad en lo relativo a la aplicación de los posibles beneficios, atendiendo al antes citado artículo 1.665 del Código Civil (*la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias*) y a los artículos 2, 93, 95 y 273 de Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que acertadamente trae a colación la reclamante, es evidente que GRUPO SIFU tiene carácter mercantil; sus socios tienen derecho a participar en las ganancias sociales; la sociedad está obligada a acordar el reparto de las ganancias sociales y su Junta General está obligada a resolver sobre la aplicación de estos resultados tras cumplir con las demás obligaciones legales.

Por todo ello, GRUPO SIFU no puede ser considerada un Centro Especial de empleo sin ánimo de lucro y, en consecuencia, no puede ser adjudicataria del contrato objeto la litis.

OCTAVO.- Como ya hemos señalado, GRUPO SIFU adjuntó a su proposición una declaración responsable indicando que cumplía los requisitos para contratar establecidos en el condicionado, pero lo cierto es que la sociedad no cumple ni cumplía entonces los citados requisitos.

A juicio de este Tribunal, sin entrar en otras consideraciones y en el ámbito de la contratación pública, esta declaración y la falta de presentación de la acreditación de ser un Centro Especial de Empleo sin ánimo de lucro deben producir los efectos que se determinan en los artículos 18, 19 y 195.1 de la LFCP, es decir, inicio por la entidad adjudicadora de un procedimiento para declarar, en su caso, la prohibición de contratar y aplicación de las penalidades económicas correspondientes.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 2013 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación en materia de contratación pública presentada por don J.L.L. en representación de “TALLERES AUXILIARES DE SUBCONTRATACIÓN INDUSTRIA NAVARRA, S.A.” frente a la adjudicación por “Gestión Ambiental de Navarra, S.A.” del contrato relativo a la “*Gestión ambiental y seguridad en la red de carreteras de Navarra, de la zona de BIDASOA*”, anulando la decisión de adjudicación y declarando que “GRUPO SIFU NAVARRA, S.L.” incurre en causa de exclusión de la licitación.

2º. Notificar el presente Acuerdo al reclamante, a “Gestión Ambiental de Navarra, S.A.” y a los demás interesados que así figuren en la documentación del

expediente y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. 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, 17 de marzo de 2015. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. EL VOCAL, Francisco Javier Vázquez Matilla. LA VOCAL, Ana Román Puerta.