

LA RESERVA DE CONTRATOS DE LA DISPOSICION ADICIONAL CUADRAGESIMO OCTAVA DE LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. RESERVA DE CIERTOS CONTRATOS DE SERVICIOS DE CARÁCTER SOCIAL, CULTURAL Y DE SALUD A DETERMINADAS ORGANIZACIONES Y EL PELIGRO DE DERIVAR LA FINALIDAD ÚLTIMA DE LA RESERVA.

La Disposición adicional cuarta de la LCSP, establece que los órganos de contratación de los poderes adjudicadores podrán reservar **a determinadas organizaciones** el derecho a participar en los procedimientos de licitación de los contratos de **servicios de carácter social, cultural y de salud** que enumera el Anexo IV bajo los códigos CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, desde 85000000-9 hasta 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 y 98133110-8.

2. **Las organizaciones** a que se refiere el apartado 1 deberán cumplir todas y cada una de las condiciones siguientes:

- a) Que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado primero.
- b) Que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; o en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá realizarse con arreglo a criterios de participación.
- c) Que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados, o en principios de participación, o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas.
- d) Que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes.

3. La duración máxima del contrato que se adjudique de acuerdo con lo dispuesto en esta disposición adicional no excederá de tres años.

4. En el anuncio que sirva de medio de convocatoria de la licitación se hará referencia a la presente Disposición adicional.”

Esta previsión en nuestra legislación es el resultado de la STJUE de 28 de enero de 2016 “CASTA y otros”, Asunto C50/14, que abre nuevas perspectivas a **la colaboración de entidades sin ánimo de lucro en el ámbito de prestaciones a personas en los sectores sanitarios y sociales**, que se inclinó por la legalidad y conformidad con la Directivas Comunitarias de una legislación interna que posibilitase este tipo de contratos, concluyendo que admite esta posibilidad de adjudicación directa, y recuerda cuales deben ser los principios que deben respetarse para validarse esta posibilidad:

- Se requiere que, cuando actúan en ese marco, las asociaciones de voluntariado no persigan objetivos distintos a los de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan.
- Que no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros.
- La actividad de esas asociaciones debe respetar estrictamente las exigencias que les impone la normativa nacional (sentencia Azienda sanitaria locale n.5 “Spezzino” y otros, C113/13, apartado 61).

Los contratos reservados no suponen una limitación de la competencia, pues como ya se indicó por el propio Tribunal Central de Recursos Contractuales, en su Resolución **914/2018, de 11 de octubre de 2018**:

*“El carácter de CEE de iniciativa social o de empresa de inserción, es una **condición legal de aptitud** y no un requisito de solvencia, sin que ello implique una vulneración de los principios de igualdad, no discriminación y de la libertad de competencia, tal y como defiende el recurrente, pues no olvidemos que nos hallamos ante “contratos reservados”.*

La libre competencia sigue siendo el pilar fundamental de la legislación comunitaria y de la contratación pública en nuestro Derecho interno. En este caso, lo único que se hace es especificar una categoría determinada de operadores económicos de carácter social que pueden acceder al contrato que goza del carácter de reservado. Ello no quita para que se aplique la libre competencia entre ellas, quedando abierta la licitación a cualquier empresa que cumpla las condiciones al igual que en cualquier licitación ordinaria. Además, las condiciones de solvencia técnica y económica, y el resto que se establezcan en los pliegos, deben seguir cumpliéndose como en cualquier otro procedimiento”.

Determinadas las principales consideraciones de los contratos reservados, concretamente de aquellos de la Disposición adicional 48 de la LCSP debemos mencionar que **en caso de que se pretenda llevar a cabo la contratación de algún servicio de aquellos que admiten reserva, debe justificarse, y motivarse en la memoria justificativa** (artículo **116. 4 de la LCSP**), tratando que quede constancia en el expediente de la motivación, que quede verificado la correspondencia real entre objeto, código y disposición legal, así ya lo dejo

patente el **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales** **Recurso nº 597/2019 C. Valenciana 124/2019 Resolución nº 688/2019** con ocasión de la impugnación de los pliegos reguladores de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Gandía relativa al contrato de “servicio de recogida, transporte y mantenimiento de animales de compañía de la ciudad de Gandía

“El recurrente cuestiona la utilización del procedimiento reservado de la disposición adicional cuadragésima octava, al entender que se ha aplicado indebidamente y sin ninguna motivación, lo que restringe la concurrencia y vulnera la LCSP.

*Concluye el Tribunal que siendo ese el objeto del contrato, en el cuadro resumen del PCAP se han establecido como códigos CPV del contrato los siguientes: • **85200000-1 “Veterinaria” • 85210000-3 “Guardería para animales de compañía”** Dichos códigos encuentran encaje en el rango que establece la disposición adicional cuadragésima octava para su utilización, “desde 85000000-9 hasta 85323000-9”.*

*Por tanto, el supuesto de hecho habilitante, que **deriva de la correcta correlación entre objeto del contrato, código CPV del mismo y apartado primero de la disposición adicional cuadragésima octava, se cumple correctamente.***

*El aspecto que cuestiona el recurrente, relativo a un especial énfasis del deber de motivación para proceder a la utilización del procedimiento, no es compartido por este Tribunal. La disposición adicional simplemente permite que se emplee este procedimiento en determinados contratos a la **vista del código CPV de los mismos**, por lo que verificada la real correspondencia entre objeto, código y disposición legal, sería perfectamente admisible la utilización del procedimiento reservado, siempre que, claro está, se dé cumplimiento al resto de requisitos legalmente previstos. **El deber de justificar la utilización de este procedimiento sería la general del artículo 116.4 de la LCSP.** Pues bien, véase que dicho precepto exige que se justifique adecuadamente en el expediente el procedimiento de licitación elegido, no debiendo justificarse necesariamente en el PCAP o en un determinado documento, sino sencillamente en el expediente de contratación.*

*A la vista de este informe, se puede entender **cumplidamente justificada la elección del procedimiento de licitación en el expediente administrativo**, pues aunque lo deseable hubiera sido que en la memoria justificativa se hubiera **explicado la procedencia del procedimiento de licitación elegido**, existe, no obstante, un informe jurídico detallado en el que se analiza la viabilidad de utilizar el procedimiento reservado de la disposición adicional cuadragésima octava, por lo que es suficiente motivación para que todo aquel que acceda al expediente administrativo pueda conocer los motivos concurrentes.*

Pero, aun justificando la procedencia del procedimiento de licitación elegido un contrato cuyo objeto contractual, tiene cabida para ser desarrollado a través de dicha previsión legal, puede acabar siendo desarrollado, por una entidad que no reúna dichos requisitos exigidos?

Debemos traer a colación en este caso, una licitación reservada a este tipo de organizaciones, en la que el derecho a participar se reservaba a organizaciones sin ánimo de lucro que tengan dentro de objeto social la protección y defensa de animales, y reservada a organizaciones como las señaladas. Dicha licitación

fue recurrida ante el Tribunal Central de Recursos Contractuales en tres ocasiones de las que resultan los siguientes acuerdos (**Recurso nº 57/2022 C.A. Principado de Asturias 6/2022 Resolución nº 326/2022- Recurso 322/2022 C.A. Principado de Asturias 19/2022 Resolución nº 454/2022, - Recurso nº 725/2022 C.A. Principado de Asturias 41/2022 Resolución nº 837/2022**)

Centrándonos en el Segundo de los recursos formulados y del que resulto la Resolución nº 454/2022, ,se trataba de una licitación reservada a este tipo de organizaciones, el derecho a participar se reservaba a organizaciones sin ánimo de lucro que tengan en su objeto social la protección y defensa de animales, en el que una de las entidades licitadoras, que se había recientemente constituido para acceder a la licitación cuyos objetivos son la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios de veterinaria y guardería de animales de compañía, (CPV incluido dentro de los previstos en la Disposición adicional 48) que era el objeto contractual ,pretendía integrar la totalidad de la solvencia con medios externos .

En este supuesto el órgano de contratación en los pliegos reguladores de conformidad con **artículo 75 LCSP**, había limitado una serie de tareas críticas a desarrollar exclusivamente por el licitador, y asimismo en consonancia con ello, había fijado límites cualitativos en materia de subcontratación relacionando una serie de tareas críticas en consonancia con lo naturaleza de contratos reservados, y considerando justificado que las mismas debían desarrollarse específicamente por el licitador adjudicatario.

Como se sabe la LCSP no prevé ninguna limitación a que en los contratos reservados, se apliquen reglas diferentes con respecto al recurrir a solvencia por medios externos o en su caso a la subcontratación, y así se observa en :

Artículo 75 LCSP relativo a la solvencia por medios externos:

*“1. Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato **dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar.***

En las mismas condiciones, los empresarios que concurren agrupados en las uniones temporales a que se refiere el artículo 69, podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la unión temporal.

No obstante, con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales que se indican en el artículo 90.1.e), o a la experiencia profesional pertinente, las empresas únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si estas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades.

*2. Cuando una empresa desee recurrir a las capacidades de otras entidades, **demostrará al poder adjudicador que va a disponer***

de los recursos necesarios mediante la presentación a tal efecto del compromiso por escrito de dichas entidades.

El compromiso a que se refiere el párrafo anterior se presentará por el licitador que hubiera presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, previo requerimiento cumplimentado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 150, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 140.

3. Cuando una empresa recurra a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera, el poder adjudicador podrá exigir formas de responsabilidad conjunta entre aquella entidad y las otras en la ejecución del contrato, incluso con carácter solidario.

4. En el caso de los contratos de obras, los contratos de servicios, o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una unión de empresarios, por un participante en la misma, siempre que así se haya previsto en el correspondiente pliego con indicación de los trabajos a los que se refiera”.

Artículo 215 Subcontratación

1. El contratista **podrá concertar con terceros** la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, salvo que conforme a lo establecido en las letras d) y e) del apartado 2.º de este artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el primero.

En ningún caso la limitación de la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley respecto a los contratos de carácter secreto o reservado, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

e) De conformidad con lo establecido en el apartado 4 del artículo 75, en los contratos de obras, **los contratos de servicios** o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, **los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación.**

El Tribunal Central de Recursos Contractuales en el Recurso 322/2022 C.A. Principado de Asturias 19/2022 Resolución nº 454/2022 ya señalado resuelve la exclusión acordada por el órgano de asistencia al órgano de contratación, motivada dicha exclusión en que la entidad contratista pretendía integrar la totalidad de la solvencia con medios externos, cuando determinadas tareas críticas habían sido limitadas a ejercer por el contratista. “Conforme a la doctrina expuesta, el licitador puede acudir para integrar su solvencia a medios externos, sin que el poder adjudicador pueda condicionar la forma en que lo hará. Ahora bien, lo que sí puede hacer el poder adjudicador es establecer limitaciones a la posibilidad de integrar la solvencia con medios externos en atención a la naturaleza y objeto del contrato. Pues bien, en el supuesto examinado, resulta que el poder adjudicador exigió que determinadas partes o trabajos, en atención al carácter reservado del contrato, tuvieran que ser directamente ejecutadas por el licitador adjudicatario, sin que fuera posible, por tanto, que tales partes de la prestación contractual pudieran ser desarrolladas por medios externos. Así, la cláusula 15ª del PCAP, que la recurrente invoca, reproduce el contenido del artículo 75 de la LCSP y remite, en cuanto a la facultad del poder adjudicador de limitar la posibilidad de integración de la solvencia con medios externos, a lo establecido en su anexo I. Pues bien, el citado anexo I, establece en su apartado 25º, bajo la rúbrica “Ejecución del contrato. (Cláusula 15)”, lo siguiente: “Posibilidad de ejecutar determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, directamente por el propio licitador o, por un participante en la UTE: Sí, atendiendo a la naturaleza del contrato a celebrar y la reserva a organizaciones con las características fijadas en la Disposición Adicional 48ª de la LCSP, se consideran tareas críticas, a ejecutar por la adjudicataria, las siguientes: - Gestión continuada y presencial materializada a través del responsable del contrato. - Labores veterinarias y de supervisión sanitaria que deban realizarse en el propio centro. - Labores específicas de cuidado, manutención y todas aquellas vinculadas al desarrollo y bienestar animal, sin perjuicio, de los acuerdos de colaboración con entidades o asociaciones de protección animal, o labor desarrollada por voluntarios”. Estas limitaciones vuelven a introducirse en el anexo I del PCAP (apartado 26º) cuando regula las actividades que no pueden ser objeto de subcontratación.

Por tanto, y contrariamente a lo sostenido por la recurrente, el órgano de contratación, sí, estableció limitaciones a la posibilidad de integrar la solvencia con medios externos. Las actividades enumeradas en ese apartado 25º han de ser ejecutadas directamente por el licitador adjudicatario del contrato, algo que la recurrente no ha acreditado que pueda realizar por sí misma y que tampoco parece probable que pueda hacer, dado que se constituyó el 27 de diciembre de 2021.”

Concluye **el Tribunal** “ Este Tribunal considera, habida cuenta de todas las circunstancias concurrentes, que esta conducta constituye un claro fraude de ley, pues la “ **entidad con la que se pretende integrar la solvencia**” se está sirviendo de una entidad de reciente creación (**licitadora**), para acceder a una licitación a la que tiene prohibido el acceso .

Coincide, además, este Tribunal con los razonamientos vertidos por la Junta Consultiva de **Contratación Administrativa de Aragón en su informe 2/2018**, en el que, con cita de otro anterior, **distingue entre subcontratación e integración de solvencia con medios externos en los siguientes términos:**

*“Así, en el Informe 23/2013 se abordó precisamente la diferencia conceptual entre subcontratación e integración de solvencia con medios externos, señalando que **cuando se habla de subcontratación nos situamos siempre en fase de ejecución, siendo responsable de ésta frente a la Administración, únicamente el contratista; siendo diferente la figura de la integración de solvencia por medios externos que ampara una “suerte de subcontratación en fase de solvencia”, sin olvidar que en este supuesto se trata de completar la solvencia, es decir, la capacidad para contratar con la administración y por ello en este caso esos medios externos deben formar parte del contrato, ya que constituyen junto al licitador, el contratista de la Administración.***

*En efecto, cuando el licitador acude para integrar su solvencia a medios externos, estos últimos **se integran con él para formar parte del “operador económico” que contrate con el poder adjudicador. Por ello, en contratos reservados como el que nos ocupa, el operador económico al que el licitador acude para acreditar su solvencia ha de reunir los requisitos establecidos en el apartado segundo de la disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP, máxime cuando el licitador pretende integrar toda su solvencia a través de los medios de dicho operador.***

Dicha Resolución del TARC fue objeto de recurso jurisdiccional por la entidad excluida, resuelto por **Sentencia dictada** (TSJ ASTURIAS. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SENTENCIA **00402/2023 PO. 508/2022 DE 18 DE ABRIL DE 2023**) acordando la misma desestimar las pretensiones del recurrente, **considerando acorde a la normativa el acuerdo recurrido** .

Dicha Sentencia señala” Que la facultad de integración de la solvencia del licitador con medios ajenos de otras entidades en la fase de licitación, esto es, como medida para incrementar la solvencia individual del empresario que permita su participación en las licitaciones públicas, cumpliendo los requisitos generales y previos de aptitud mediante la acumulación de su solvencia con la de otras entidades diferentes al licitador, está expresa y actualmente admitida en la legislación contractual con carácter general para todo tipo de licitador y contrato cuya ejecución no requiera clasificación, habida cuenta la trasposición al derecho nacional de la Directiva del Parlamento Europeo 2004/18 CE y del Consejo de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de los contratos públicos de obras, suministros y de servicios con el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (art. 63, hoy artículo 75 LCSP/2017).

*Pero como **hemos dicho cabe exigir que determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una unión de empresarios, por un participante en la misma, siempre que así se haya previsto en el correspondiente pliego** con indicación de los trabajos a los que se refiera (art 75.4 LCSP). Por lo tanto y desde el momento en el que tales limitaciones han quedado incluidas en el correspondiente pliego y su contenido no ha sido impugnado (o, si, como aquí acontece, el recurso ha sido rechazada) a su contenido habrá de estarse*

Sus consideraciones resultan de especial interés en el caso examinado al distinguir con claridad entre la ejecución de “la mayoría” de tareas a que obliga el contrato y las “tareas críticas” en determinados contratos y concluir que solo en el primer caso existe oposición al art. 63 de la Directiva. Razona al respecto:

El artículo 63 de esta Directiva establece, en su apartado 1, que, en relación con un contrato determinado, un operador económico podrá recurrir a las capacidades de otras entidades por lo que se refiere a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera y a los criterios relativos a la capacidad técnica y profesional, y que, en las mismas condiciones, una agrupación de operadores económicos podrá recurrir a las capacidades de los participantes en la agrupación o de otras entidades. Por otra parte, en su apartado 2 indica que, para determinados tipos de contratos, entre ellos los contratos de servicios, «los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas tareas críticas sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una agrupación de operadores económicos [...], por un participante en esa agrupación».

Por cuanto antecede, procede concluir **que el artículo 63 de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional según la cual la empresa representante de una agrupación de operadores económicos que participa en un procedimiento de celebración de un contrato público debe cumplir los criterios establecidos en el anuncio de licitación y ejecutar las prestaciones de dicho contrato en una proporción mayoritaria.**”

Por ello, como conclusión a fin de evitar desvirtuar la naturaleza de contratos reservados , los pliegos, deberían prever tareas críticas que deban ser realizadas directamente por la empresa contratista , o en caso de tratarse de una UTE por uno de sus miembros, ello en atención a la naturaleza del contrato a celebrar y la reserva a organizaciones con las características fijadas en la Disposición adicional 48 de la LCSP, con ello, se evitaría desvirtuar la verdadera naturaleza del contrato, sin que con ello , se vea vulnerada la normativa nacional, ni en su caso se oponga a la normativa comunitaria.

El órgano de contratación debe extremar las cautelas necesarias con el fin de no alterar la finalidad de esta figura, de forma que contratos reservados a organizaciones como las señaladas no sean finalmente desempeñadas por empresas ordinarias ya sea vía subcontratación o en su caso mediante la integración de la solvencia por medios externos, desvirtuando su naturaleza.