



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA**

Yanguas y Miranda, 27 -2º
31003 PAMPLONA
Tfnos. 848 42 29 72 – 82
Fax 848 42 29 68 – 78
E-mail: tribunal.contratos@navarra.es

Expte.: R-22/2013

ACUERDO 17/2013 de 23 de julio de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestima la reclamación en materia de contratación pública formulada por don J.G.H., en representación de Gureak Navarra, S.L. Unipersonal, contra la Resolución 726/2013 de 19 de junio del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la que se selecciona a la empresa que formará parte del acuerdo marco relativo al servicio de custodia y transporte de Historias Clínicas del Archivo Pasivo del Complejo Hospitalario de Navarra, dependiente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, durante el segundo semestre del año 2013.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea convocó una licitación denominada “Acuerdo Marco para la prestación del servicio de custodia y transporte de historias Clínicas del Archivo Pasivo del Complejo Hospitalario de Navarra, durante el segundo semestre del año 2013”. La participación, conforme su cláusula primera, estaba reservada a entidades de carácter social, de acuerdo con el artículo 9 de la LFCP.

SEGUNDO.- Al procedimiento de licitación al que concurrieron dos entidades, Centro de Negocios Ocon S.L., y Gureak Navarra S.L.U.

La Resolución 726/2013 de 19 de junio del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea seleccionó para el referido Acuerdo Marco a Centro de Negocios Ocon S.L.

TERCERO.- El día 20 de junio de 2013 se notificó a Gureak Navarra S.L.U. la resolución de adjudicación, interponiendo el 27 de junio reclamación en materia de contratación pública frente la Resolución 726/2013 de 19 de junio del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea 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 LFCP. En particular considera que el concepto de ánimo de lucro no puede ser apreciado de la redacción de los estatutos de la adjudicataria, que además no forma parte del Acuerdo del Gobierno de Navarra de 4 de abril de 2012 *“por el que se declaran de utilidad pública e imprescindibilidad a los efectos de suscripción de convenios bilaterales con la Administración de la Comunidad Foral de Navarra para poder recibir compensaciones económicas destinadas a equilibrar su presupuesto, a once Centros Especiales de Empleo sin ánimo de lucro”*.

CUARTO.- El día 27 de junio de 2013 se solicita la subsanación de la reclamación presentada puesto que la misma no se acompaña de la documentación necesaria, concretamente, de la copia del acto impugnado. El mismo día 27 de junio de 2013 la reclamante subsana los defectos de la reclamación aportando la documentación necesaria.

QUINTO.- Por Acuerdo 12/2013 de 28 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, se admite a trámite la reclamación en materia de contratación pública formulada por Gureak Navarra, S.L. Unipersonal y se solicita la aportación del expediente de contratación a la entidad reclamada, junto con la contestación a la reclamación.

El día 2 de julio de 2013 el Servicio Navarro de Salud aporta el expediente administrativo y escrito de alegaciones en el que dispone que conforme a los estatutos de Centro de Negocios Ocon S.L. es un centro especial de empleo que carece de ánimo de lucro. Ello porque disponen que la aplicación de los posibles beneficios que puedan derivarse de su actividad se invertirán en las instalaciones donde desarrolla sus actividades. Para ello se apoya, entre otros, en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de

abril de Integración Social de los Minusválidos – en adelante LISMI – y el 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 Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido.

SEXTO.- El día 4 de julio de 2013 se notifica el expediente al resto de interesados en el expediente para que en el plazo de tres días hábiles aporten las alegaciones o pruebas que estimen oportunas. Transcurrido el plazo concedido, el adjudicatario, único interesado en el expediente además del reclamante, no ha hecho uso de su derecho.

A lo anteriormente expuesto le son de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las cuestiones formales referentes a la admisibilidad de la reclamación ya fueron examinadas en el Acuerdo 12/2013, de 28 de junio de 2013, de este Tribunal, por lo que no procede reproducirlas en este momento.

SEGUNDO.- La cuestión de fondo planteada en la reclamación es la imposibilidad de que Centro de Negocios Ocon S.L. resulte adjudicataria de la contratación que nos ocupa por considerar que no es un centro especial de empleo sin ánimo de lucro.

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."*

No existe normativa reglamentaria sobre esta materia en Navarra que imponga requisito alguno o aclare en mayor medida este concepto. No cabe extender la interpretación de la normativa aludida conforme a actos administrativos de la Comunidad Foral de Navarra que carecen de valor normativo y que han sido dictados en amparo no de la normativa sobre contratación pública sino en materia de subvenciones, como pretende la reclamante. Aporta la reclamante copia del Acuerdo del Gobierno de Navarra de 4 de abril de 2012 *"por el que se declaran de utilidad pública e imprescindibilidad a los efectos de suscripción de convenios bilaterales con la Administración de la Comunidad Foral de Navarra para poder recibir compensaciones económicas destinadas a equilibrar su presupuesto, a once Centros Especiales de Empleo sin ánimo de lucro"*.

La declaración de imprescriptibilidad y la declaración de utilidad pública son requisitos no para contratar con la Administración ni para entender que el Centro Especial no tiene ánimo de lucro sino para ser beneficiario de compensaciones económicas. Dichos conceptos no están “*indefectiblemente ligados a la naturaleza carente de ánimo de lucro*” como alega la reclamante.

El artículo 43 de la LISMI determina al respecto que “*1. En atención a las especiales características que concurren en los Centros Especiales de Empleo y para que éstos puedan cumplir la función social requerida, las Administraciones Públicas podrán, de la forma en que reglamentariamente se determine, establecer compensaciones económicas, destinadas a los Centros, para ayudar a la viabilidad de los mismos, estableciendo para ello, además, los mecanismos de control que se estimen pertinentes.*

2. Los criterios para establecer dichas compensaciones económicas serán que estos Centros Especiales de Empleo reúnan las condiciones de utilidad pública y de imprescindibilidad y que carezcan de ánimo de lucro.”

El Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, al que ya hemos aludido, afirma en su artículo 11 que “*las Administraciones Públicas podrán establecer, mediante Convenio con los propios Centros o con el Sector, compensaciones económicas destinadas a equilibrar su presupuesto, cuando los Centros Especiales de Empleo carezcan de ánimo de lucro, sean declarados de utilidad pública e imprescindibilidad, y la función social de los mismos justifique la necesidad de ser financiados con medios complementarios a los señalados en el artículo anterior.*

A estos efectos, se estimará la concurrencia de utilidad pública en el Centro Especial de Empleo, cuando el mismo se consagre, exclusivamente, en objetivo y finalidad a la integración laboral y social de minusválidos.

La imprescindibilidad ha de entenderse como la verificación de que el Centro es estrictamente necesario para regular el empleo remunerado y la prestación de los servicios de ajuste personal y social a los trabajadores minusválidos a que se refiere este Real Decreto y el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.”

En definitiva, ninguna exigencia existe en la normativa reguladora de Centros Especiales de Empleo ni en la normativa sobre contratación pública que exija la declaración de utilidad pública o imprescindibilidad para ser beneficiaria de contratos reservados, como pretende la recurrente.

Adviértase además que conforme el artículo 21.2 de la LFCP *“Las entidades contratantes excluirán en su actuación cualquier tipo de acuerdo, práctica restrictiva o abusiva que produzca o pueda producir el efecto de obstaculizar, impedir, restringir o falsear la competencia en los términos previstos en la legislación de defensa de la competencia.”*

Pretender que se reúnan otros requisitos no exigidos por la normativa violaría el principio de concurrencia y ofrecería un tratamiento discriminatorio a todo centro no incluido entre los once aludidos y que, sin embargo, cumpliera los requisitos del artículo 9 de la LFCP, como pretende la reclamante.

Tampoco puede tomarse a efectos interpretativos lo previsto en la Disposición Adicional quinta del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público pues éste no exige que los centros especiales de empleo carezcan de ánimo de lucro para proceder a la reserva de contratos en el resto de Comunidades Autónomas (a excepción de Navarra que cuenta con el artículo 9 de la LFCP).

Sí cabría revisar el destino de los beneficios de los Centros de Inserción Laboral, regulados en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, puesto que conforme el artículo 9 de la LFCP también éstas pueden participar en contratos reservados. Al respecto, el artículo 5 de esta norma establece entre los requisitos que deben presentar estas empresas *“aplicar, al menos, el ochenta por ciento de los resultados o excedentes disponibles obtenidos en cada ejercicio a la mejora o ampliación de sus estructuras productivas y de inserción.”*

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 acudirse 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,

TERCERO.- En vista de todo lo anterior procede examinar si Centro de Negocios Ocon S.L. reúne la condición de Centro Especial de Empleo sin ánimo de lucro a los efectos del artículo 9 de la LFCP.

Se constituye en el año 2000 y es fruto de la voluntad de constitución de Coform Rioja S.L., Comercial de Maquinaria Agrícola Riojana S.L. y don T.A.V. en la forma de sociedad limitada. Nace con el objeto de prestar *“servicios generales de asesoría para*

empresas. Transporte de mercancías por carretera, y reparto de paquetería.” Sin embargo, el 28 de diciembre de 2001 modifica sus estatutos, y en particular su objeto social que pasa a ser el siguiente:

“La sociedad tiene por objeto la integración laboral y social, asistencia y servicios sociales, para disminuidos físicos, psíquicos y /o sensoriales, con la finalidad de asegurar un empleo remunerado y digno, así como la realización de un trabajo productivo, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto nº 2273/1985, por el que se aprueba el Reglamento de Centros Especiales de Empleo, definidos en la Ley de Integración Social del Minusválido (LISMI).-

Para la obtención del objeto social se desempeñaran las siguientes actividades:

“servicios generales de asesoría para empresas. Transporte de mercancías por carretera, y reparto de paquetería.

Reparación de averías eléctricas y electrónicas en general. Manipulación, composición, rellenado o fabricado de cualquier artículo que sea requerido por un tercer fabricante, para que una vez manipulados, tratados, etc., sean devueltos a aquel para su posterior distribución o comercialización.-

Venta de productos relacionados con las actividades anteriormente descritas.-

Cuando sea preciso las actividades se realizarán a través de personal debidamente titulado.

Además las instalaciones para las mencionadas actividades, estarán adecuadas a las necesidades de las personas que alberguen en las mismas, para tal caso se reinvertirán los posibles beneficios que puedan derivarse de la actividad de la sociedad, de acuerdo con el artículo 43 de la LISMI (Ley 13/1982).-“

En fecha 24 de marzo de 2010 se amplió el objeto social adicionando el siguiente *“actividades auxiliares y complementarias del transporte (intermediarios del transporte)”*.

Mediante Resolución de la Directora Gerente del Servicio Navarro de Empleo nº 455 de 27 de febrero de 2007 tuvo lugar la calificación Centro de Negocios Ocon S.L. como Centro Especial de Empleo señalándose de forma expresa que reúne los requisitos

del Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre e inscribiéndola en el Registro de Centros Especiales de Empleo del Gobierno de Navarra, con el número NA –24.

Ninguna duda hay de que nos encontramos ante un Centro Especial de Empleo, calificado e inscrito como tal.

En relación con si se trata de un Centro Especial de Empleo con o sin ánimo de lucro, este Tribunal, en atención a la normativa citada y de acuerdo con los estatutos de la entidad considera que Centro de Negocios Ocon S.L., es un Centro Especial de Empleo sin ánimo de lucro.

Ello porque no efectúa reparto alguno de los posibles beneficios sino que de haberlos los destinará a la adecuación de las instalaciones, y considerando que de no ser necesarias no se deduce del expediente que vaya a existir reparto alguno de beneficios.

Se cumple así el requisito del artículo 5 del Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre que califica como Centros Especiales de Empleo sin ánimo de lucro aquellos que destinan la totalidad de los posibles beneficios que “repercutan en su totalidad en la propia institución”.

Como advierte el poder adjudicador, pese a que los estatutos no siguen en su redacción el tenor literal del precepto transpuesto. Consideramos que no cabe entender otro sentido. Más aun cuando al abordad estos estatutos la cuestión afirma que tal declaración se realiza al amparo de lo previsto en el artículo 43 de la LISMI se refiere a la condición de ánimo de lucro de esos entes.

La remisión existente en el artículo 21 de los estatutos no tiene el alcance que pretende darle la recurrente; pues no debe olvidarse que como señala el artículo 2 del Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre la estructura y organización se ajusta al de una empresa ordinaria con lo que ese hecho no desmerece la tipificación como Centro Especial de Empleo sin ánimo de lucro.

Sin perjuicio del reconocimiento de la labor de los once Centros Especiales de Empleo de Navarra ello no puede configurar a tal listado como un *numerus clausus*, en el sentido de crear una barrera para que otros entes que reúnan las exigencias del artículo 9 de la LFCP y del Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, lo que supondría una clara violación de los principios rectores de la contratación pública.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 212.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación en materia de contratación pública formulada por don J.G.H., en representación de Gureak Navarra, S.L. Unipersonal, contra la Resolución 726/2013 de 19 de junio del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la que se selecciona a la empresa que formará parte del acuerdo marco relativo al servicio de custodia y transporte de Historias Clínicas del Archivo Pasivo del Complejo Hospitalario de Navarra, dependiente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, durante el segundo semestre del año 2013.

2º. Notificar este Acuerdo a la mercantil Gureak Navarra, S.L. Unipersonal, al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea y a los demás interesados que figuren en la documentación del expediente, y acordar su publicación en la sede electrónica 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, a 23 de julio de 2013. La Presidenta Ana Román Puerta. El Vocal Francisco Javier Vázquez Matilla. La Vocal Marta Pernaut Ojer.