



Expediente: 135/2020

ACUERDO 9/2021, de 29 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por GUREAK NAVARRA, S.L.U. frente a la Resolución 331/2020, de 17 de diciembre, de la Directora Gerente del Instituto de Salud Pública y Laboral de Navarra, por la que se adjudica el contrato “*Recogida, transporte y entrega en laboratorio de muestras analíticas del programa de metabolopatías congénitas de Navarra*” a CENTRO DE NEGOCIOS OCÓN, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de noviembre de 2020, el Instituto de Salud Pública y Laboral de Navarra (en adelante, ISPLN) publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato “*Recogida, transporte y entrega en laboratorio de muestras analíticas del programa de metabolopatías congénitas de Navarra*”.

A dicho contrato concurrieron los licitadores GUREAK NAVARRA, S.A.U. (en adelante, GUREAK) y CENTRO DE NEGOCIOS OCÓN, S.L. (en adelante, OCÓN).

SEGUNDO.- Con fecha 27 de noviembre de 2020, la Mesa de Contratación procedió a la apertura del Sobre A “Documentación Administrativa”, haciendo constar los dos licitadores que presentaron oferta, examinó la documentación presentada y acordó admitir a la licitación a ambos.

Con fecha 1 de diciembre de 2020, la Mesa de Contratación procedió a la apertura del sobre BC “Proposición relativa a criterios cuantificables mediante fórmulas”, evaluando y puntuando su contenido con el siguiente resultado:

	Proposición económica	Criterios sociales y medioambientales	Total
GUREAK	1,97	0	1,97
OCÓN	52,07	2	54,07

A la vista de la puntuación, acordó requerir a OCÓN la presentación de la documentación previa a la adjudicación. El 14 de diciembre la Mesa de Contratación dio por cumplimentado el trámite y acordó elevar a la Directora Gerente del ISPLN propuesta de adjudicación a favor de OCÓN.

Por la Resolución 331/2020, de 17 de diciembre, de la Directora Gerente del ISPLN, se adjudicó el contrato a OCÓN.

TERCERO.- Con fecha 23 de diciembre de 2020, GUREAK interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la adjudicación del contrato, alegando la falta de capacidad y aptitud del adjudicatario porque se trata de un contrato reservado a Centros Especiales de Empleo sin ánimo de lucro o de iniciativa social, o Empresas de Inserción, y el adjudicatario carece de tal calificación.

Señala que en la documentación aportada por el adjudicatario consta una declaración responsable de cumplimiento de las condiciones para contratar, declarando que ostenta la condición de Centro Especial de Empleo, y en la documentación previa a la adjudicación aportó la Resolución 455, de 27 de febrero de 2007, de la Directora Gerente del Servicio Navarro de Empleo, por la que se resuelve calificar como Centro Especial de Empleo a OCÓN.

Sin embargo, aduce que OCÓN fue posteriormente descalificada como Centro Especial de Empleo mediante Resolución 2618/2014, de 18 de diciembre, de la

Directora Gerente del Servicio Navarro de Empleo, por la que se descalifica como Centro Especial de Empleo a OCÓN, frente a la que OCÓN interpuso recurso de alzada que fue desestimado mediante Orden Foral 177/2015, de 18 de junio, de la Consejera de Economía, Hacienda, Industria y Empleo; y aporta ambos actos.

Por ello, considera que, a fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, OCÓN no ostentaba la calificación de Centro Especial de Empleo, por lo que no cumplía las condiciones de capacidad y aptitud exigidas por el pliego, por lo que debió ser excluida de la licitación. Considera que tampoco se le exigió que acreditara, dentro de la calificación de Centro Especial de Empleo, ser entidad sin ánimo de lucro o de iniciativa social, y cita el Acuerdo 21/2015, de 17 de marzo, de este Tribunal.

Cita también la Resolución 237/2020, de 2020 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que indica que en contratos reservados a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social es un requisito de capacidad o aptitud para licitar ostentar esta calificación, de modo que no es suficiente con acreditar la válida constitución de la persona jurídica sino que hay que acreditar que dicha persona jurídica ostenta esta condición de Centro Especial de Empleo, constituyendo un requisito que debe concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato.

Por todo ello, solicita que se anule la resolución impugnada y se ordene retrotraer las actuaciones para que el reclamante aporte la documentación previa a la adjudicación, y se tenga por suspendida la tramitación del procedimiento.

CUARTO.- Con fecha 24 de diciembre se notificó al reclamante y al órgano de contratación un oficio en el que se señala que la interposición de la reclamación produce la suspensión automática del acto impugnado, conforme al artículo 124.4 de la LFCP, por lo que no procede resolver expresamente sobre la solicitud formulada.

QUINTO.- Con fecha 28 de diciembre de 2020, el ISPLN aportó el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 126.4 de la LFCP.

El 29 de diciembre se requirió al órgano de contratación que completara el expediente remitido, lo cual hizo el 8 de enero de 2021.

En las alegaciones el ISPLN señala que, entre las escrituras públicas aportadas, la de 17 de octubre de 2016 indica que el objeto de la entidad es el siguiente:

“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 desempeñarán las siguientes actividades:.....Transportes de mercancías por carretera, y reparto de paquetería.....

Además las instalaciones para las mencionadas actividades, están 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)”.

Señala, asimismo, que el artículo 43.2 de la citada Ley señala que *“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”.*

Señala que, además, se presentó la Resolución 455, de 27 de febrero de 2007, de la Directora Gerente del Servicio Navarro de Empleo, por la que se califica a dicha entidad como Centro Especial de Empleo, por lo que la Mesa de Contratación consideró

acreditado el requisito exigido por el pliego, desconociendo la documentación aportada por GUREAK en su reclamación.

SEXTO.- El 8 de enero de 2021 se dio traslado a los demás interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, presentándose alegaciones el 11 de enero por parte de OCÓN, en las que indica lo siguiente:

1º. Que, debido a un error mecánico, se aportó al expediente la calificación como Centro Especial de Empleo de Navarra, cuando este fue descalificado según Orden Foral de 18 de junio de 2015.

2º. Que procede a subsanar dicho error aportando la calificación de CEE pertinente.

Adjunta, a estos efectos, una Resolución del Director General de Empleo, Comercio, Consumo e Industria del Gobierno de La Rioja, de 8 de agosto de 2000, en la que se refiere a OCÓN como “*inscrita en el Registro de Centros Especiales de Empleo en fecha 28 de noviembre de 1996*”, y una Resolución de la Directora General de Trabajo del Gobierno de La Rioja, de 31 de marzo de 2008, en la que igualmente se refiere a OCÓN como “*centro especial de empleo*”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El ISPLN es un organismo autónomo adscrito al Departamento de Salud, por lo que se encuentra sometido a la LFCP en virtud de lo dispuesto en su artículo 4.1.b), siendo el acto impugnado susceptible de reclamación ante este Tribunal conforme al artículo 122.2.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador, cumpliendo con ello el requisito establecido en los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

TERCERO.- 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.b) de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación se fundamenta en que el adjudicatario se encuentra incurso en alguna de las causas de exclusión de la licitación previstas en la LFCP, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.3.a) de la LFCP.

QUINTO.- Constituye el objeto de la presente reclamación especial la Resolución 331/2020, de 17 de diciembre, de la Directora Gerente del Instituto de Salud Pública y Laboral de Navarra, por la que se adjudica el contrato de servicios para la recogida, transporte y entrega en laboratorio de muestras analíticas del programa de metabolopatías congénitas de Navarra a CENTRO DE NEGOCIOS OCÓN, S.L., deduciéndose como pretensión la anulación de la resolución objeto de impugnación, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento correspondiente a la exigencia de la documentación previa a la adjudicación, con el fin de que, previa aportación de la misma, recaiga propuesta de adjudicación a su favor.

Como único motivo de impugnación alega la reclamante la falta de capacidad y aptitud de la adjudicataria, y ello por cuanto tratándose de un contrato reservado a Centros Especiales de Empleo sin ánimo de lucro, Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social o a Empresas de Inserción, a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas ésta no cumplía tales condiciones, por cuanto en el año 2014 fue descalificada como Centro Especial de Empleo en Navarra; extremo que debió ser verificado por la mesa de contratación y que determina la procedencia de su exclusión del procedimiento. Poniendo de manifiesto, igualmente, que dicho órgano colegiado tampoco exigió a la adjudicataria la constatación, dentro de la calificación general de Centro Especial de Empleo, de entidad sin ánimo de lucro o de iniciativa social.

Al respecto, la entidad contratante en el informe de alegaciones remitido a este Tribunal señala que a la vista de la documentación aportada por la adjudicataria se consideró que había acreditado tal requisito, desconociendo la documentación presentada por la reclamante junto con el escrito de interposición de la reclamación.

Por su parte, la adjudicataria que ha comparecido en el presente procedimiento, pone de relieve que la aportación de la documentación referida por la reclamante obedece a un error; y manifestando su voluntad de subsanar el mismo presenta sendas Resoluciones de las Directoras Generales de Empleo y Trabajo del Gobierno de La Rioja de fechas 8 de agosto de 2000 y 31 de marzo de 2008, respectivamente.

Expuestas las posiciones de las partes, la cuestión a resolver por parte de este Tribunal no es otra que verificar la suficiencia de la documentación aportada por la adjudicataria del contrato en orden a acreditar su condición de Centro Especial de Empleo sin ánimo de lucro, de Iniciativa Social o de Empresas de Inserción; y, en caso de no ser así, determinar las consecuencias jurídicas que de ello se derivan.

A tales efectos, ha de partirse de que nos encontramos ante un contrato reservado por motivos sociales, sobre los que 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”.

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.

Regulación que se ha incorporado al ordenamiento jurídico foral mediante el artículo 36 LFCP, que especifica que *“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.

(...)

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

(...)

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

(...)"

Efectivamente, en el caso analizado nos hallamos en tal supuesto, pues así lo dispone de manera expresa la cláusula quinta del Pliego Regulador, relativa a la "capacidad para contratar", cuando indica que "*Este contrato queda afectado a la reserva por motivos sociales, a Centros especiales de empleo sin ánimo de lucro, Centros Especiales de Empleo de iniciativa social o a Empresas de Inserción, de conformidad con el artículo 36 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos*". Reserva que, en cumplimiento del precepto transcrito se indica en el anuncio de licitación publicado al efecto.

Sentado lo anterior, y con la finalidad de centrar la cuestión objeto de debate, conviene precisar qué es un Centro Especial de Empleo a los efectos del citado artículo 36 LFCP, debiéndose adelantar ya que, tal y como expone la reclamante, respecto a los operadores económicos destinatarios de la reserva, dicho precepto prevé que lo son las empresas de inserción y los centros especiales de empleo, si bien respecto a estos últimos no basta que formen parte del grupo genérico de centros especiales de empleo, sino que deben reunir el requisito de carecer de ánimo de lucro (artículo 5.b) Real

Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo) o pertenecer al subgrupo de aquellos centros especiales de empleo que son de iniciativa social (artículo 36.1 LFCP).

Así lo pusimos de relieve en nuestro Acuerdo 21/2015, de 17 de marzo – donde si bien se analiza la regulación que al efecto contenía la derogada Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, la doctrina reflejada en el mismo resulta de aplicación conforme a lo dispuesto en la vigente LFCP -, en el que, con cita del Acuerdo 17/2013, de 23 de julio, de este mismo Tribunal señalamos que “(...)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 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.”

Realizada la anterior precisión, como se ha dicho, la condición citada constituye un requisito de capacidad para contratar, a cuyos efectos el artículo 12 LFCP dispone que *“1. Podrán celebrar contratos sometidos a esta ley foral las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna de las prohibiciones o incompatibilidades para contratar, no se hallen en una situación de conflicto de intereses y acrediten una solvencia económica, financiera y técnica o profesional suficiente para ejecutar la prestación contractual demandada.*

2. Quien licite deberá contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato”.

Añadiendo el artículo 14 del mismo cuerpo legal, en relación con la acreditación de la capacidad de obrar de quien licite que *“1. Quien licite deberá acreditar su capacidad de obrar y su representación en cada procedimiento de adjudicación.*

2. En los casos en que así lo establezca la legislación específica podrá exigirse a quien licite que acredite su inscripción, en el momento de la licitación, en un registro profesional o mercantil que les habilite para el ejercicio de la actividad en que consista la prestación del contrato.

3. En el caso de las empresas no españolas de Estados miembros de la Unión Europea o de los Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, deberán acreditar que, con arreglo a la legislación del Estado en que estén establecidas, se encuentran habilitadas para realizar la prestación de que se trate.

Cuando la legislación del Estado en que se encuentren establecidas estas empresas exija una autorización especial o la pertenencia a una determinada organización para poder llevar a cabo en él la prestación del contrato, deberán acreditar que cumplen este requisito.

4. En los procedimientos de adjudicación de contratos de servicios, cuando quien licite necesite una autorización especial o pertenecer a una determinada organización para poder prestar en su país de origen el servicio de que se trate, podrá exigírsele que demuestre estar en posesión de dicha autorización o que pertenece a dicha organización”.

Por su parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la misma norma jurídica, las proposiciones de los licitadores deben ir acompañadas de una declaración responsable firmada por quien licita, en la que, entre otros extremos manifieste que reúne los requisitos de capacidad jurídica y de obrar; disponiendo en su apartado séptimo que tales circunstancias deben concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato. Motivo por el cual el apartado octavo del mismo precepto dispone que manera taxativa que *“En*

todo caso, la persona a cuyo favor vaya a recaer la propuesta de adjudicación deberá acreditar la posesión y validez de los documentos y requisitos exigidos en el plazo máximo de siete días desde que se le requieran”; añadiendo el artículo 56 que “1. El pliego incluirá junto con la exigencia de declaración responsable, el modelo al que deberá ajustarse la misma.2. Cuando se trate de contratos de valor estimado igual o superior al umbral europeo, el modelo que recoja el pliego seguirá el formulario de documento europeo único de contratación vigente”. Finalmente, el artículo 116.2.c) del mismo cuerpo normativo, recoge como causa específica de invalidez de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, la falta de capacidad jurídica o de obrar del contratista

Previsiones legales observadas en el supuesto que nos ocupa, pues en su cláusula séptima, relativa a la presentación de las proposiciones, tras indicar que *“La presentación de proposiciones supone la aceptación incondicional por el licitador del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones previstas en el Pliego que rige el contrato, sin salvedad o reserva alguna y conlleva la aceptación voluntaria de dar transparencia institucional a todos los datos derivados de los procesos de licitación, adjudicación y ejecución hasta su finalización. Asimismo, la presentación de declaraciones responsables por el licitador supone la exactitud de todos los datos presentados y de que reúne todas y cada una de las condiciones exigidas para la contratación del objeto del contrato”*, dispone la incorporación en el Sobre A “Documentación administrativa”, entre otros documentos, de la *“Declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones exigidas para contratar, conforme al modelo que se adjunta en el Anexo II del presente Pliego”*; anexo que, a su vez, como declaración responsable del cumplimiento de las condiciones para contratar, en su apartado primero refiere *“Que la empresa tiene la condición de Centro Especial de Empleo sin ánimo de lucro, Centro Especial de Empleo de iniciativa social o Empresa de Inserción”*. Finalmente, la cláusula decimotercera, en relación con la documentación previa a la adjudicación, indica que *“El licitador a cuyo favor vaya a recaer la propuesta de adjudicación deberá acreditar la posesión y validez de los documentos que a continuación se exigen en el plazo máximo de 7 días naturales desde*

que la Mesa de Contratación le notifique tal circunstancia, presentando la siguiente documentación a través de la plataforma de licitación electrónica: (...)

13.5. Acreditación como Centro Especial de Empleo sin ánimo de lucro y/o de iniciativa social y/o Centro de Inserción Sociolaboral, mediante acreditación emitida a tal efecto por el organismo competente”.

En consecuencia, 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”.

SEXTO.- Descendiendo al caso concreto que nos ocupa, como expone la reclamante, a los efectos de acreditar su condición de Centro Especial de Empleo sin ánimo de lucro y/o de iniciativa social y/o Centro de Inserción Sociolaboral, la adjudicataria aportó la Resolución 455, de 27 de febrero de 2007, de la Directora Gerente del SNE, por la que se le califica como “Centro Especial de Empleo”, y se procede a su inscripción en el Registro de Centros Especiales de Empleo del Gobierno de Navarra. Si bien, según la documentación aportada junto con el escrito de interposición de la presente reclamación, mediante Resolución 2618/2014, de 18 de diciembre, se resuelve su descalificación como tal; acto confirmado por Orden Foral 177/2015, de 18 de junio, de la Consejera de Economía, Hacienda, Industria y Empleo, en cuya virtud se desestima el recurso de alzada interpuesto contra dicha descalificación como centro especial de empleo. Resolución que no conocía la Mesa de Contratación y que la adjudicataria del contrato reconoce cuando manifiesta que la aportación de la documentación inicialmente presentada se produjo por error, aportando, en el seno del presente procedimiento de reclamación, la que entiende suficiente a los efectos pretendidos.

Sea como fuere, lo cierto es que la Mesa de Contratación no debió entender suficiente la documentación aportada por la adjudicataria a los efectos de entender acreditada la concurrencia del requisito de capacidad que nos ocupa, y ello en primer lugar por cuanto si bien es cierto que la Resolución 455/2007, de 27 de febrero, de la Directora Gerente del Servicio Navarro de Empleo le otorga la calificación como Centro Especial de Empleo, también lo es que resulta evidente que no sirve para acreditar el

mantenimiento de tal condición ni en la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas al presente procedimiento ni, mucho menos, que ésta subsista en el momento de la perfección del contrato. Pero también, por cuanto la misma se refiere a la calificación como “Centro Especial de Empleo”, sin que de su contenido pueda inferirse que carece de ánimo de lucro o pertenece al subgrupo de aquéllos que son de iniciativa social, siendo tales categorías, junto con las empresas de inserción, las entidades a las que la LFCP reserva contratos por motivos sociales.

Así las cosas, como tal requisito de capacidad la calificación como una de las entidades referidas en el artículo 36 LFCP debe concurrir en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas, y exigirse su acreditación al que vaya a ser propuesto como adjudicatario; correspondiendo al órgano de contratación incluir en el pliego las previsiones necesarias en orden a posibilitar la verificación de tal extremo.

Alcanzada la anterior conclusión relativa a la insuficiencia de la documentación aportada por la adjudicataria - conclusión que además comparte la adjudicataria, puesto que aporta ahora documentación en orden a subsanar este concreto aspecto -, este Tribunal no puede compartir las consecuencias jurídicas que al respecto postula la reclamante y que se corresponden con la exclusión de la adjudicataria por falta de capacidad y aptitud, pues la posibilidad de conceder trámite de subsanación de defectos formales también es de aplicación al supuesto regulado en el artículo 55.8 LFCP para que el licitador que vaya a ser propuesto adjudicatario acredite la posesión y validez de los requisitos para contratar. De hecho, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 747/2018, de 31 de julio - en relación al trámite que de características similares al que nos ocupa contempla el artículo 150.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, referido a la documentación exigible al licitador propuesto como adjudicatario - postula no sólo la posibilidad sino el derecho subjetivo del licitador a que se le conceda un trámite de subsanación de la documentación presentada.

Así, a la vista de la fecha y contenido de la resolución a tales efectos aportada, la Mesa de contratación debió haber sustanciado el oportuno requerimiento de subsanación

de la documentación con objeto de verificar la concurrencia, en el momento antes indicado, del requisito de capacidad exigido, pues la insuficiente prueba documental, e incluso su eventual omisión, de la concurrencia de la calificación como centro especial de empleo debe considerarse como un defecto subsanable; y ello por cuanto si bien no resulta admisible la posibilidad de subsanación de los requisitos sustantivos para concurrir al procedimiento, que deben cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la proposición, sí lo son los defectos u omisiones en los documentos propiamente dichos.

De hecho, y volviendo al pliego regulador, la cláusula decimotercera, tras detallar la documentación a aportar por quien va a resultar propuesto adjudicatario, expresamente prevé que *“Si la documentación aportada fuera incompleta u ofreciese alguna duda se requerirá al licitador que complete o subsane los certificados y documentos presentados, otorgándole un plazo de 5 días naturales.*

La falta de aportación de la documentación requerida tendrá los efectos previstos en el artículo 96 de la LFCP”.

Siendo esto así, como este Tribunal viene señalando de manera reiterada el pliego es la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de "pacta sunt servanda", y teniendo en cuenta que ni la reclamante ni la adjudicataria impugnaron el pliego en su momento, necesariamente han de estarse ahora al contenido de los mismos.

Así, constituyendo el pliego un acto firme y consentido por no haber sido impugnado, tanto las entidades licitadoras como el órgano de contratación han de estar y pasar por su contenido, resultando obligada la sustanciación del trámite de subsanación de la documentación aportada por parte de la adjudicataria con carácter previo a la adopción de la decisión que corresponda sobre su posible exclusión del procedimiento por tal motivo. Ello supone la necesaria retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la valoración de la documentación aportada, en cumplimiento de la cláusula decimotercera del pliego regulador, por parte del licitador que va a ser

propuesto adjudicatario del contrato, a los efectos de que se curse el correspondiente requerimiento y, posteriormente, a la vista de la documentación aportada en cumplimiento del mismo la Mesa de Contratación adopte la decisión que proceda al respecto, elevando propuesta de adjudicación en su favor o disponiendo su exclusión; resultando improcedente que este Tribunal se pronuncie sobre la documentación que para acreditar su capacidad ha aportado ahora la adjudicataria, pues su presentación ha tenido lugar en el marco del presente procedimiento de revisión, sin que, por tanto, la Mesa de Contratación haya emitido su parecer al respecto. Todo ello sin perjuicio de que, una vez realizada tal valoración y a resultas de la misma, tales consideraciones puedan, en su caso, ser reiteradas en una nueva acción de impugnación frente a la decisión al efecto adoptada.

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. Estimar parcialmente la reclamación en materia de contratación pública formulada por GUREAK NAVARRA, S.L.U. frente a la Resolución 331/2020, de 17 de diciembre, de la Directora Gerente del Instituto de Salud Pública y Laboral de Navarra, por la que se adjudica el contrato “Recogida, transporte y entrega en laboratorio de muestras analíticas del programa de metabolopatías congénitas de Navarra”, anulando dicha Resolución y ordenando la retroacción de actuaciones a fin de que se conceda trámite de subsanación a CENTRO DE NEGOCIOS OCÓN, S.L., para que pueda acreditar documentalmente la condición de Centro Especial de empleo sin ánimo de lucro o de iniciativa social o Empresa de Inserción.

2º. Notificar este Acuerdo a GUREAK NAVARRA, S.L.U., al Instituto de Salud Pública y Laboral de Navarra, así como al resto de interesados que figuren en el

expediente a los efectos oportunos y ordenar 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, 29 de enero de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, M^a Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.