



Guía de contratos reservados para Empresas de Inserción: de la teoría a la práctica en 10 pasos



faedei

Federación de Asociaciones Empresariales
de Empresas de Inserción

EDITA

**Federación de Asociaciones Empresariales
de Empresas de Inserción (FAEDEI).**

Calle de la Escuadra, 11. 28012 Madrid

Tel. 91 444 13 13 · faedei@faedei.org

www.faedei.org

REALIZACIÓN

Coordinación

Aicha Belassir

Redacción

Javier Mendoza Jiménez



DISEÑO Y MAQUETACIÓN

En 2018 IM Nova se constituye como Empresa de Inserción, ofreciendo de este modo un espacio de desarrollo formativo y profesional para personas que necesitan un impulso para alcanzar la plena integración social, siendo su empleabilidad una condición indispensable para conseguirla.

www.imnova.com

Índice

| | |
|--|----|
| Introducción: un camino por recorrer | 04 |
| 01. Vamos a aclarar qué es eso de los contratos reservados | 06 |
| 02. Una restricción legal de la competencia | 08 |
| 03. Un procedimiento más | 10 |
| 04. ¿Quién puede participar? | 13 |
| 05. Maneras de vivir licitar | 15 |
| 06. ¿Juntos o por separado? | 18 |
| 07. Mejor que haya acuerdo | 20 |
| 08. El unicornio jurídico de la disposición adicional 48ª | 23 |
| 09. <i>Stairway to heaven</i> | 26 |
| 10. Una última reflexión | 28 |
| Anexo: Modelo de Acuerdo de Gobierno | 30 |

Introducción: un camino por recorrer

Introducción: un camino por recorrer

01. Vamos a aclarar qué es eso de los contratos reservados
02. Una restricción legal de la competencia
03. Un procedimiento más
04. ¿Quién puede participar?
05. Maneras de vivir licitar
06. ¿Juntos o por separado?
07. Mejor que haya acuerdo
08. El unicornio jurídico de la disposición adicional 48^a
09. *Stairway to heaven*
10. Una última reflexión

Anexo: Modelo de Acuerdo de Gobierno

La legislación de contratos parece ir por delante de la práctica en lo que se refiere a la introducción de criterios sociales, ambientales y en el fomento de la Economía Social. A pesar de los mandatos claros en el artículo 1.3 (favorecer la participación de las entidades de Economía Social), y la Disposición Adicional 4ª (con la obligatoriedad de los contratos reservados), las cosas todavía no van a la velocidad deseada.

Entre los factores para ello están: la falta de conocimiento de las posibilidades de la Ley, de las entidades sociales y la falta de experiencia de las propias entidades en el campo de las licitaciones. Con el objetivo de mejorar la situación, esta guía tratará de modo breve y sin entrar en demasiados tecnicismos, el maravilloso mundo de la reserva de contratos. A través de 10 apartados se repasará el concepto, las entidades, las posibilidades y los obstáculos de los contratos reservados.

Esperamos que sea de utilidad para las Empresas de Inserción socias de FAEDEI y que permita desbrozar un camino que, legalmente, parece estar más claro de lo que luego su aplicación en la práctica demuestra.

01. Vamos a aclarar qué es eso de los contratos reservados

Introducción: un camino por recorrer

01. Vamos a aclarar qué es eso de los contratos reservados

02. Una restricción legal de la competencia

03. Un procedimiento más

04. ¿Quién puede participar?

05. Maneras de vivir licitar

06. ¿Juntos o por separado?

07. Mejor que haya acuerdo

08. El unicornio jurídico de la disposición adicional 48ª

09. *Stairway to heaven*

10. Una última reflexión

Anexo: Modelo de Acuerdo de Gobierno

Cuando se habla de contratos reservados en el marco de la contratación pública suele haber una cierta confusión sobre su naturaleza. De entrada, cabe aclarar que en esta guía nos referiremos a los contratos reservados de naturaleza social, dejando fuera los contratos con una denominación homónima que se aplican en el ámbito militar.

Partiendo de esa base, empecemos con una definición general y sencilla: *Los contratos reservados son licitaciones como cualquier otra, pero en ellos la participación se restringe a distintos tipos de entidades.*

Existen dos tipos de contratos reservados: los más famosos (dentro de su desconocimiento general) son los que se regulan en la Disposición Adicional Cuarta. Estos son **obligatorios** para toda entidad que esté sujeta a la Ley de Contratos, que deben adoptar un acuerdo de gobierno – o similar – que regule las condiciones para la reserva de contratos.

El segundo tipo, sobre el que se hablará en profundidad más adelante, son los contratos reservados a determinadas organizaciones para servicios sociales, culturales y de salud. Estos **no son obligatorios**, pero pueden incluirse dentro del acuerdo de gobierno y usarse de manera estratégica.

Una vez aclarado el *campo de juego* a continuación se irán desgranando distintos aspectos que la experiencia ha mostrado que es necesario aclarar para facilitar la implementación de este tipo de contratos, que pueden contribuir de manera decisiva al desarrollo sostenible, sobre todo en la parte social. Debe matizarse que en general se hablará de la DA 4ª, pero que se ha reservado, valga el juego de palabras, una parte para los contratos de la DA 48ª.

02. Una restricción legal de la competencia

Introducción: un camino por recorrer

01. Vamos a aclarar qué es eso de los contratos reservados

02. Una restricción legal de la competencia

03. Un procedimiento más

04. ¿Quién puede participar?

05. Maneras de ~~vivir~~ licitar

06. ¿Juntos o por separado?

07. Mejor que haya acuerdo

08. El unicornio jurídico de la disposición adicional 48^a

09. *Stairway to heaven*

10. Una última reflexión

Anexo: Modelo de Acuerdo de Gobierno

La libre competencia es uno de los pilares fundamentales de la legislación de contratos dentro de toda la Unión Europea. La propia Ley de Contratos lo recoge explícitamente en su artículo 132 cuando dice que:

1. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.

Por lo tanto, la pregunta surge sola, ¿cómo es que en los contratos reservados se limita la participación de empresas que no cumplan unos determinados requisitos? La justificación viene recogida en las Directivas de 2014, que, haciendo una excepción a ese principio general, reconocen las dificultades que pueden tener las empresas sociales que apoyan la integración laboral y social de las personas para acceder a las licitaciones. Esa justificación se traslada en el propio artículo 132 que recoge lo siguiente:

En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta.

Es decir, que ante la pregunta de si se restringe la competencia cuando se está haciendo un contrato reservado, la respuesta sería un **sí, pero**, incluyendo ese pero que esa restricción está reconocida tanto a nivel europeo como español y es perfectamente legal.

03. Un procedimiento más

Introducción: un camino por recorrer

01. Vamos a aclarar qué es eso de los contratos reservados

02. Una restricción legal de la competencia

03. Un procedimiento más

04. ¿Quién puede participar?

05. Maneras de ~~vivir~~ licitar

06. ¿Juntos o por separado?

07. Mejor que haya acuerdo

08. El unicornio jurídico de la disposición adicional 48^a

09. *Stairway to heaven*

10. Una última reflexión

Anexo: Modelo de Acuerdo de Gobierno

Aclarado por lo tanto el concepto de los contratos reservados como su legalidad, pasamos ahora a las particularidades que, desde un punto de vista administrativo, tienen este tipo de contrato. De entrada, hay que señalar que la reserva de un contrato (o de un lote), no conlleva un procedimiento especial. Es decir, los contratos reservados pueden realizarse a través de cualquiera de los procedimientos recogidos en la Ley (abiertos, restringidos, negociados sin publicidad, etc.) y están sujetos exactamente a los mismos requerimientos.

Sí es cierto que se exigen una serie de cambios en los pliegos de licitación para poder realizar un contrato reservado. Sin embargo, esos cambios requerirán muy poco esfuerzo por parte del órgano de contratación y se resumen como sigue:

1. En el objeto del contrato debe dejarse constancia que se trata de un contrato reservado y la disposición legal que lo ampara (la DA cuarta de la Ley de Contratos Públicos). En el título del contrato hay que poner la siguiente frase: *reservado a Empresas de Inserción/Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social según lo recogido en la DA 4ª*.
2. Dentro del expediente de contratación debe hacerse referencia a la conveniencia y la adecuación de reservar la prestación objeto del contrato para empresas de este tipo (centros especiales de empleo y/o empresas de inserción). A modo de ejemplo puede incluirse el siguiente párrafo:

Se ha decidido reservar el contrato de [objeto del contrato] para [Empresas de Inserción y/o Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social] puesto que las actividades contempladas en su ejecución se consideran adecuadas para su desempeño por [colectivos en riesgo de exclusión y/o personas con discapacidad], como lo demuestra el hecho de que existan empresas de carácter social que se dedican a ellas. La calificación de contrato reservado de acuerdo con la Disposición Adicional Cuarta se hace además para apoyar el objetivo de conseguir una contratación más social y sostenible

que persigue este [órgano de contratación] y que se apoya en el mandato indubitado que realizan tanto las Directivas de Contratación de 2014 como la Ley de Contratos del Sector Público de 2017.

También puede hacerse referencia a que, en caso de tenerlo, se reserva un contrato de acuerdo con las condiciones establecidas en el acuerdo de gobierno de la entidad.

3. Dentro de los pliegos de condiciones administrativas particulares, en el apartado que regula la Aptitud para Contratar, debe dejarse claro los tipos de entidades que pueden participar fruto de la reserva de contrato – esto es los centros especiales de empleo de iniciativa social y/o las empresas de inserción). De ello se derivan, lógicamente una serie de obligaciones de este tipo de empresas como son demostrar que están inscritas en el registro correspondiente y que se han constituido conforme a la ley que les sea de aplicación.
4. Se debe obviar la garantía definitiva exigible a los adjudicatarios en concordancia con lo establecido en el artículo 107 de la LCSP. En este caso se invierte la regla general y lo que **se debe justificar es la exigencia** de la garantía.

¿Y el resto? Los criterios de adjudicación, las condiciones de solvencia técnica y financiera, etc. El resto puede permanecer exactamente igual que para cualquier otra licitación, es decir, no se necesita realizar ningún procedimiento especial más allá de los cambios anteriores.

04. ¿Quién puede participar?

Introducción: un camino por recorrer

01. Vamos a aclarar qué es eso de los contratos reservados

02. Una restricción legal de la competencia

03. Un procedimiento más

04. ¿Quién puede participar?

05. Maneras de vivir licitar

06. ¿Juntos o por separado?

07. Mejor que haya acuerdo

08. El unicornio jurídico de la disposición adicional 48^a

09. *Stairway to heaven*

10. Una última reflexión

Anexo: Modelo de Acuerdo de Gobierno

Las entidades que pueden participar en las licitaciones reservadas de la (ahora) DA 4ª no han sido siempre las mismas. Hasta 2015, solamente se recogían a los Centros Especiales de Empleo (sin distinción) como **entidades** beneficiarias de la reserva. Sin embargo, las modificaciones introducidas por el RD 31/2015 y por la Ley de Contratos ha ampliado y modificado el espectro. De acuerdo con la Ley 9/2017, y atendiendo al momento de escritura de esta guía, dos son las entidades a las que se pueden reservar contrato. En primer lugar, a las **Empresas de Inserción**, entidades reguladas por la Ley 44/2007, que son organizaciones que trabajan con colectivos en riesgo de exclusión para, a través de un itinerario de inserción, proveerles de las habilidades necesarias para su inserción en el mercado laboral.

En segundo lugar, para los **Centros Especiales de Empleo de iniciativa social** una nueva categoría dentro de los Centros Especiales de Empleo (CEE), nacida de una modificación de la propia Ley de Contratos, que el RD 1/2013 define como aquellos que, además de cumplir con la condición de reinvertir sus beneficios en su objeto social, son promovidos y participados en más de un 50 %, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, incluyendo las corporaciones de derecho público y las entidades de la Economía Social.

El motivo de estas matizaciones al inicio de este apartado es porque está en marcha una posible modificación de la Ley de Contratos fruto de una consulta que el Tribunal del País Vasco a realizado al TJUE para comprobar si la trasposición que se hizo del artículo 20, y que dejó fuera de la reserva a los CEE de iniciativa mercantil, es correcta o no. La opinión del Abogado general, emitida en 2021, apunta a la incorrecta transposición, hecho que, de ser confirmado por el TJUE, supondría la modificación de la Ley de Contratos, ampliando a **todos** los CEE la posibilidad de participar en los contratos reservados.

05. Maneras de vivir licitar

Introducción: un camino por recorrer

01. Vamos a aclarar qué es eso de los contratos reservados

02. Una restricción legal de la competencia

03. Un procedimiento más

04. ¿Quién puede participar?

05. Maneras de vivir licitar

06. ¿Juntos o por separado?

07. Mejor que haya acuerdo

08. El unicornio jurídico de la disposición adicional 48ª

09. *Stairway to heaven*

10. Una última reflexión

Anexo: Modelo de Acuerdo de Gobierno

Cuando se habla de la reserva de contratos, no debe identificarse esta simplemente con la reserva de todo un contrato. Los contratos reservados son herramientas flexibles que pueden usarse para lograr un objetivo: favorecer la participación de entidades sociales en las licitaciones públicas e impulsar la integración social y laboral de personas en riesgo de exclusión.

De este modo, la Ley reconoce tres posibilidades explícitas para que las Empresas de Inserción y los CEE de Iniciativa Social tengan una mayor presencia:

a – Reservar todo un contrato: Si existe un contrato que se considera adecuado para la reserva, no hay problema en que se reserve totalmente. Si bien el valor medio de los contratos reservados no suele exceder los 500.000 €, existen ejemplos recientes como el que ha licitado el [Ayuntamiento de Córdoba](#), de un valor superior a los 2M de €. Dentro de esta reserva de contratos completos pueden jugar un papel fundamental los **contratos menores** que, como para muchas pymes, pueden ser una vía de entrada de las entidades sociales en la contratación pública.

b – Reservar uno o varios lotes de un contrato: La segunda opción, que además se recoge específicamente en el artículo 99, es la reserva de **lotes** del contrato. Los lotes de un contrato son las partes en las que puede dividirse el mismo y se consideran, en general, una manera para favorecer el acceso de las pymes.

c – Introducir como criterio de adjudicación o como condición especial de ejecución la **subcontratación** para las entidades que pueden participar en la reserva. Esta es una manera indirecta de que estas organizaciones participen, y no asegura que finalmente lo hagan, pero tiene una serie de ventajas que no se encuentran en los otros métodos:

1. Permite que las entidades sociales puedan negociar con mayor seguridad con las entidades mercantiles, que son quienes las necesitan para ganar puntos.
2. Permite que la administración haga una prueba para introducir a este tipo de entidades sin “arriesgar”, ya que será la entidad adjudicadora la responsable de la ejecución del contrato.
3. Rebaja las exigencias de solvencia económica y técnica para las entidades sociales que muchas veces pueden ser obstáculos.

06. ¿Juntos o por separado?

Introducción: un camino por recorrer

01. Vamos a aclarar qué es eso de los contratos reservados

02. Una restricción legal de la competencia

03. Un procedimiento más

04. ¿Quién puede participar?

05. Maneras de vivir licitar

06. ¿Juntos o por separado?

07. Mejor que haya acuerdo

08. El unicornio jurídico de la disposición adicional 48^a

09. *Stairway to heaven*

10. Una última reflexión

Anexo: Modelo de Acuerdo de Gobierno

Otra de las cuestiones que las empresas de inserción pueden preguntarse al acercarse a la contratación pública es: ¿es necesario que la reserva sea para las dos entidades? La práctica dice que no, que existen muchos y numerosos ejemplos de contratos que se han sacado solo para una de las entidades (en su mayoría para CEE de IS). Desde el punto de vista legal, la reserva de lotes parece dejar más claro este extremo, ya que dice que *Podrá reservar alguno o algunos de los lotes para Centros Especiales de Empleo o para empresas de inserción* (se ha resaltado la “o” para que quede clara la diferencia).

Recientes resoluciones del Tribunal de Contratos Públicos de Canarias han considerado válida esa separación entre entidades. Por ejemplo, la resolución 80/2021 de 17 marzo dice que:

Corresponde al órgano de contratación la facultad de determinar qué licitaciones reserva a las empresas de inserción o a los Centros Especiales de Empleo, con la única limitación de que el objeto de las mismas sea compatible con la reserva a favor de ésta.

En el otro lado de la balanza, la resolución 1298/2020 del Tribunal Central tiene un parecer contrario, aunque en este caso es incluso más discutible porque se refiere a un lote reservado para los que, como hemos visto antes, se establece claramente que puede hacerse esa distinción.

Por lo tanto, todavía existe discusión sobre este tema. Discusión que podría ser zanjada en caso de que se tenga un acuerdo de gobierno – o incluso un plan de contratación – donde se establezca claramente qué contratos se pretende reservar para cada entidad. En ese caso, las resoluciones de los tribunales han sido claras, en cuanto a que el órgano de contratación tiene potestad para hacer la reserva para uno u otro tipo de entidad.

07. Mejor que haya acuerdo

Introducción: un camino por recorrer

01. Vamos a aclarar qué es eso de los contratos reservados

02. Una restricción legal de la competencia

03. Un procedimiento más

04. ¿Quién puede participar?

05. Maneras de ~~vivir~~ licitar

06. ¿Juntos o por separado?

07. Mejor que haya acuerdo

08. El unicornio jurídico de la disposición adicional 48^a

09. *Stairway to heaven*

10. Una última reflexión

Anexo: Modelo de Acuerdo de Gobierno

Leyendo la Disposición Adicional Cuarta, nos encontramos con lo siguiente: “Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar...”. Ello deja claro la necesidad de que haya un Acuerdo de Gobierno – salvo para la Administración General del Estado – para fijar las condiciones mínimas de reserva de contratos.

Esa obligatoriedad es matizada por la Junta Consultiva de Aragón que dice que el artículo 99.4 de la LCSP, que establece la posibilidad de reservar contratos o lotes, desborda tanto objetiva como subjetivamente lo establecido en la DA 4ª, que establece una garantía de mínimos para los contratos reservados.

Citando textualmente el Informe 19/2018 de la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón allí se dice que:

Los órganos de contratación de las entidades locales pueden acordar específicamente reservar contratos o lotes independientemente de que se haya adoptado o no el acuerdo genérico de reserva por el órgano local competente.

Más allá de la obligatoriedad o no, lo cierto es que es adecuado que exista tal acuerdo. Anexado a esta guía puede verse un modelo de Acuerdo de Gobierno para que las Empresas de Inserción puedan ofrecer una base a las administraciones públicas para empezar a construir una relación más sólida.

En cuanto al modo en el que se puede organizar la reserva, los órganos de contratación, salvo los de la Administración General del Estado, tienen libertad para reservar: un porcentaje del volumen de licitación del año pasado, limitar o no la reserva a unos sectores concretos, definir una cantidad concreta e incluso definir la cantidad de reserva por cada tipo de entidad.

08. El unicornio jurídico de la disposición adicional 48^a

Introducción: un camino por recorrer

01. Vamos a aclarar qué es eso de los contratos reservados

02. Una restricción legal de la competencia

03. Un procedimiento más

04. ¿Quién puede participar?

05. Maneras de vivir licitar

06. ¿Juntos o por separado?

07. Mejor que haya acuerdo

08. El unicornio jurídico de la disposición adicional 48^a

09. *Stairway to heaven*

10. Una última reflexión

Anexo: Modelo de Acuerdo de Gobierno

A lo largo de esta guía nos hemos centrado en los contratos de la DA 4ª, porque son los que más interés pueden despertar en las Empresas de Inserción. Sin embargo, existe una segunda vía que está sin explorar y donde también podrían integrarse las Empresas de Inserción y, con mayor encaje, sus entidades promotoras.

Este segundo camino se articula a través de la DA 48ª, que es la trasposición literal del artículo 77 de la Directiva 24/2014/UE y que, a diferencia de los contratos reservados de la DA 4ª, **sí** tienen una serie de limitaciones tanto en el objeto contractual como en la duración.

Para no alargar innecesariamente esta guía, diremos que los objetos contractuales de este tipo de contratos solo pueden referirse a determinados servicios sociales, cultural y de salud – en los que muchas de las entidades sociales están especializadas. Además, el contrato solo puede durar 3 años, no puede haberse adjudicado un contrato por la misma DA en los tres años anteriores y las organizaciones tienen que cumplir los siguientes principios:

- 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.

Visto estos requisitos, básicamente este tipo de contratos están reservados para las entidades de **Economía Social**, que los principios exigidos coinciden casi punto por punto con los reglados en la Ley 5/2011 de Economía Social.

Una posibilidad con este tipo de contratos es que se usen de manera estratégica para promover Empresas de Inserción. Nos explicamos: imaginemos que tenemos una entidad que está pensando si crear o no una Empresa de Inserción. Si fuese una asociación o una fundación y ganase este contrato por la DA 48ª podría crear durante tres años una estructura suficiente para que a la siguiente vez se sacará el contrato como un reservado por la DA 4ª y, por lo tanto, pudiera presentarse como la Empresa de Inserción que ya hubiese creado.

09. *Stairway to heaven*

Introducción: un camino por recorrer

01. Vamos a aclarar qué es eso de los contratos reservados

02. Una restricción legal de la competencia

03. Un procedimiento más

04. ¿Quién puede participar?

05. Maneras de vivir licitar

06. ¿Juntos o por separado?

07. Mejor que haya acuerdo

08. El unicornio jurídico de la disposición adicional 48ª

09. *Stairway to heaven*

10. Una última reflexión

Anexo: Modelo de Acuerdo de Gobierno

Antes de pasar a la reflexión final, vamos a hacer una suerte de recapitulación para ver las cosas que habría que tener en cuenta a la hora de establecer una reserva de mercado en condiciones:

La visibilidad de las empresas existentes: Es necesario dar a conocer la capacidad económica y técnica de las empresas sociales que pueden ser licitadores potenciales. Para ello, se recomienda tener una labor de grupo de presión ante las administraciones públicas para hacerles ver que los contratos reservados son **política social a coste cero**. También se puede hacer uso de las *consultas preliminares al mercado* que se regulan en el artículo 115 de la LCSP.

La necesidad o no de subrogar personal: Dado que tanto las Empresas de Inserción como los CEE están obligadas por ley a tener un porcentaje determinado de personas provenientes de una serie de colectivos, es importante hacer comprender a los órganos de contratación que la reserva no debería hacerse sobre contratos que lleven aparejada una subrogación de personal obligatoria, puesto que se corre el riesgo de que estas empresas incumplan tales porcentajes, lo que las llevaría a la descalificación.

La subcontratación con EI y CEE como vía alternativa: Como se señaló anteriormente, el establecimiento de la subcontratación con este tipo de entidades bien como criterio de adjudicación, bien como condición especial de ejecución, es una manera más “suave” de empezar a promover la participación de estas organizaciones en la contratación y comporta una serie de ventajas tanto para las entidades públicas como privadas.

Publicidad de lo que se consiga: Si se logra que la compra pública deje de ser noticia solo por casos de corrupción y por inauguraciones de cosas, se habrá dado un gran paso. Es importante transmitir a las administraciones públicas que pueden promoverse colaborando, junto con las entidades sociales, y realzando este trabajo conjunto en el fomento del desarrollo sostenible y la Agenda 2030.

10. Una última reflexión

Introducción: un camino por recorrer

01. Vamos a aclarar qué es eso de los contratos reservados

02. Una restricción legal de la competencia

03. Un procedimiento más

04. ¿Quién puede participar?

05. Maneras de vivir licitar

06. ¿Juntos o por separado?

07. Mejor que haya acuerdo

08. El unicornio jurídico de la disposición adicional 48ª

09. *Stairway to heaven*

10. Una última reflexión

Anexo: Modelo de Acuerdo de Gobierno

Los contratos reservados son herramientas infrautilizadas pero que son obligatorias (al menos los de la DA 4ª) por ley. Son una de las mejores maneras de que las personas que se encuentran en riesgo de exclusión encuentren una oportunidad de volver al mercado laboral y lo hagan además en el marco que promueven las Empresas de Inserción, las cuales ofrecen mayores garantías en comparación con otros instrumentos como, por ejemplo, los planes de empleo.

El trabajo que hay que hacer es doble. Las entidades no pueden quedarse paradas esperando a que la administración actúe en primer lugar. Ya existen multitud de ejemplos de éxito y suficientes casos para saber que hay que hacer y cómo para implementar con éxito los contratos reservados. En este sentido, los límites que nos podemos encontrar son sobre todo aquellos relacionados con las propias actividades que puedan realizar las empresas.

Los contratos menores son una buena puerta de entrada para que las entidades sociales se ganen la confianza de las administraciones públicas y dejen atrás la imagen de entidades que se dedican a la caridad, sin profesionalidad demostrada en la realización de actividades de mercado. En definitiva, el terreno está abonado, los surcos se empiezan a abrir y, con un poco de esfuerzo, en pocos años habremos multiplicado la cosecha. Por último, no hay que olvidar que toda institución que se precie ahora apuesta por el desarrollo sostenible. Contar con una herramienta que ofrece un fomento del desarrollo social y con la que además se obtiene un servicio de calidad puede ser la bandera para derribar las barreras que aún quedan.

Anexo: Modelo de Acuerdo de Gobierno

Introducción: un camino por recorrer

01. Vamos a aclarar qué es eso de los contratos reservados

02. Una restricción legal de la competencia

03. Un procedimiento más

04. ¿Quién puede participar?

05. Maneras de vivir licitar

06. ¿Juntos o por separado?

07. Mejor que haya acuerdo

08. El unicornio jurídico de la disposición adicional 48ª

09. *Stairway to heaven*

10. Una última reflexión

Anexo: Modelo de Acuerdo de Gobierno

MODELO de Acuerdo de Gobierno para Ayuntamientos, Cabildos y otras entidades del sector público que están obligadas por la Ley 9/2017 a establecer un porcentaje de reserva de contratos para Empresas de Inserción y Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social.

PROPUESTA DE ACUERDO DE GOBIERNO DEL [NOMBRE DEL MUNICIPIO, CABILDO, ETC] POR EL QUE SE DA CUMPLIMIENTO A LA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA DE LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y SE PROCEDE A LA FIJACIÓN [PARA EL AÑO XX] DE UN PORCENTAJE DE RESERVA DEL DERECHO A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE DETERMINADOS CONTRATOS O DETERMINADOS LOTES DE LOS MISMOS, A CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO DE INICIATIVA SOCIAL, A EMPRESAS DE INSERCIÓN Y PROGRAMAS DE EMPLEO PROTEGIDO, Y SE FIJAN LAS CONDICIONES MÍNIMAS PARA SU CUMPLIMIENTO. [PUEDE AÑADIRSE: Y SE ESTABLECEN MEDIDAS PARA LA PROMOCIÓN DEL EMPLEO ENTRE LOS COLECTIVOS EN RIESGO DE EXCLUSIÓN]¹

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), establece, en su Disposición Adicional Cuarta la obligatoriedad de que se establezca, mediante acuerdo de gobierno, un porcentaje mínimo de reserva de contratos y las condiciones para su cumplimiento. En concreto, establece en sus dos primeros párrafos que:

“Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los pro-

¹ Ver punto séptimo del Anexo II.

cedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a Empresas de Inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las Empresas de Inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las Empresas de Inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100”.

En el referido Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior”.

Por su parte, el artículo 99.4 de la LCSP ratifica la posibilidad de reservar lotes de los distintos contratos afirmando que:

[El órgano de contratación] *“Podrá reservar alguno o algunos de los lotes para Centros Especiales de Empleo o para Empresas de Inserción, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta”.*

Según la Disposición final primera de la LCSP, lo anterior tiene carácter básico, al amparo del artículo 149.1.18.^a de la Constitución Española al considerarse materias sobre contratos y concesiones administrativas. En consecuencia, la obligatoriedad de adoptar un acuerdo de gobierno que establezca tanto el por-

centaje mínimo de reserva de contrato resulta de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas.

Visto el [poner nombre de informes o certificaciones preceptivos si los hubiera o bien propuesta del grupo político en caso de que se hubiera hecho].

Por todo ello, el [Órgano de decisión correspondiente] o, a propuesta de [poner quien ha realizado la propuesta en su caso] acuerda [poner fecha] lo siguiente²:

(OPCIÓN A)

Primero: Fijar [PARA EL AÑO XX] un porcentaje mínimo del X%³ del importe licitado en el ejercicio inmediatamente anterior como la cantidad que deberán reservar los diferentes órganos de contratación de este [Ayuntamiento, Cabildo, etc.] para posibilitar el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social, Empresas de Inserción y Programas de Empleo protegido, de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora de la contratación del sector público.

(OPCIÓN B)

Primero: Fijar [PARA EL AÑO XX] un importe mínimo de XXX €⁴ como la cantidad que deberán reservar los diferentes órganos de contratación de este [Ayuntamiento, Cabildo, etc.] para posibilitar el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social, Empresas de Inserción y Programas de Empleo protegido, de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora de la contratación del sector público.

Segundo: Determinar que la reserva puede aplicarse para cualquier objeto contractual que se considere adecuado a fin de promover la inserción

2 Elegir la opción que más convenga para el primer punto.

3 Se recomienda empezar con un 1%, pero cada entidad es libre de poner lo que desee en función de las entidades con las que potencialmente pueda trabajar.

4 Esta opción facilita el seguimiento a la reserva, no existe una cantidad mínima prefijada y cada entidad es libre de poner lo que desee en función de las entidades con las que potencialmente pueda trabajar.

de personas con dificultades de acceso al mercado laboral. Con carácter enunciativo, se recogen en el Anexo I los objetos contractuales más frecuentes en los que se concentra la actividad de este tipo de entidades para que pueda servir de guía a la hora de preparar las licitaciones reservadas.

Tercero: Aprobar las instrucciones de actuación en los contratos reservados [en su caso incluir - y medidas para la promoción del empleo en los colectivos en riesgo de exclusión social en los procedimientos de contratación], en los términos del Anexo II.

Cuarto: Las cantidades establecidas en este acuerdo se entenderán prorrogadas salvo que se publique un nuevo acuerdo que las modifique.

Quinto: Establecer que al final de cada anualidad presupuestaria se publicará un informe con las cantidades y objeto del contrato que han formado parte de la reserva para el año correspondiente que deberá incluir la cantidad total de la reserva y además dividir por:

- Tipo de procedimiento usado
- Tipo de entidad que ha sido adjudicataria de los contratos
- En su caso, número y volumen de las licitaciones declaradas desiertas

Sexto: Publicar este acuerdo en el Perfil del Contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público para su general conocimiento.

ANEXO I

Relación orientativa de actividades y servicios susceptibles de ser incluidos en los procedimientos de contratación reservada

PRODUCTOS DE LA AGRICULTURA, GANADERÍA, PESCA, SILVICULTURA Y PRODUCTOS AFINES

03100000-2 Productos de la agricultura y horticultura
03142500-3 Huevos
15911200-9 Licores
15900000-7 Bebidas, tabaco y productos relacionados

PRENDAS DE VESTIR, CALZADO, ARTÍCULOS DE VIAJE Y ACCESORIOS

18110000-3 Ropa de trabajo

IMPRESOS Y PRODUCTOS RELACIONADOS

22100000-1 Libros impresos, folletos y prospectos
22321000-6 Tarjetas de Navidad
79800000-2 Servicios de impresión y servicios conexos
79810000-5 Servicios de impresión
79811000-2 Servicios de impresión digital
79822400-6 Servicios de litografía
79822500-7 Servicios de diseño gráfico

MANUFACTURAS

22992000-0 Manipulados derivados de papel y cartón.

ARTÍCULOS PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD

32552160-6 Instalaciones de bucles magnéticos para personas con discapacidad auditiva.

REGALOS PARA EMPRESAS Y MOBILIARIO

39298200-9 Marcos para cuadros
39516000-2 Artículos de mobiliario
39295500-1 Partes, adornos y accesorios de paraguas, sombrillas, bastones y artículos similares
39561140-5 Artículos de pasamanería y ornamentales
39200000-4 Complementos de mobiliario
39290000-1 Complementos de mobiliario diversos
39170000-4 Mobiliario de tienda
44111300-4 Cerámica
39298900-6 Artículos de decoración diversos
39510000-0 Artículos textiles para uso doméstico
44812400-9 Artículos para decoración

TRABAJOS DE MANTENIMIENTO

45233229-0 Mantenimiento de arcones
45261900-3 Reparación y mantenimiento de tejados.
45262520-2 Trabajos de albañilería
45442100-8 Trabajos de pintura
50700000-2 Servicios de reparación y mantenimiento de equipos de edificios

SERVICIOS DE SEÑALIZACIÓN

45233294-6 Instalación de señalización viaria
45316000-5 Trabajos de instalación de sistemas de alumbrado y señalización

SERVICIOS DE HOSTELERÍA Y RESTAURACIÓN

55000000-0 Servicios comerciales al por menor de hostelería y restauración
55320000-9 Servicios de suministro de comidas (catering)

SERVICIOS DE SALUD Y SEGURIDAD

71317200-5 Servicios de salud y seguridad

SERVICIOS WEB

72413000-8 Servicios de diseño de sitios web

MANTENIMIENTOS RELACIONADOS CON JARDINES

77120000 Servicios de producción de compost

77312000 Servicios de desbrozo

77312100 Eliminación de malezas

77311000 Mantenimiento de jardines y parques

77000000 Servicios agrícolas, forestales, hortícolas, acuícolas y apícolas

77314000-4 Mantenimiento de terrenos

77341000 Poda de árboles

SERVICIOS DE OPERADOR DE TELEFONÍA

79510000-2 Servicios de contestación de llamadas telefónicas

79511000-9 Servicios de operador telefónico

SERVICIOS DE CORREOS

79571000-7 Servicios de envío por correo.

SERVICIOS DE GESTIÓN DE INSTALACIONES

79993100-2 Servicios de gestión de instalaciones

79993000-1 Servicios de gestión de edificios e instalaciones

SERVICIOS RELACIONADOS CON LA LIMPIEZA Y LA GESTIÓN DE RESIDUOS

90511100-3 Servicios de recogida de desperdicios sólidos urbanos

90513000-6 Servicios de tratamiento y eliminación de residuos y desperdicios no peligrosos.

90610000-6 Servicios de limpieza y barrido de calles

90611000-3 Servicios de limpieza de calles
90612000-0 Servicios de barrido de calles
90680000-7 Servicios de limpieza de playas
90910000-9 Servicios de limpieza
90911000-6 Servicios de limpieza de viviendas, edificios y ventanas
90914000-7 Servicios de limpieza de aparcamientos
90919200-4 Servicios de limpieza de oficinas
90919300-5 Servicios de limpieza de escuelas

SERVICIOS DOMÉSTICOS

98513310-8 Servicios de ayuda en tareas domésticas 98514000-9
Servicios domésticos

SERVICIOS DE CONSERJERÍA Y SIMILARES

98341130-5 Servicios de conserjería

ANEXO II

Instrucciones de actuación en los contratos reservados y medidas para la promoción del empleo de colectivos en riesgo de exclusión social en los procedimientos de contratación.

Primero.- Procedimiento para hacer efectiva la reserva

La reserva puede hacerse efectiva de la siguiente forma:

- A través de cualquiera de los procedimientos de adjudicación de los contratos regulados en la LCSP – incluidos los contratos menores - ya sea mediante la reserva de la totalidad del contrato o bien mediante la división del objeto del contrato en lotes, de forma que se reserve uno o varios lotes a este tipo de entidades.
- A través de la introducción de un criterio de adjudicación donde se valore la subcontratación de parte del objeto contractual con Empresas de Inserción y/o Centros Especiales de Empleo de iniciativa social, o una condición especial de ejecución donde se establezca un porcentaje de subcontratación con este tipo de entidades.
- Quedan exceptuados de la reserva la contratación de bienes y servicios realizada a través de la adhesión a los sistemas de contratación centralizada de otras Administraciones Públicas.

Segundo.- Empresas que pueden participar en los contratos reservados

Las empresas a las que se les podrán aplicar la reserva de contratos son las siguientes:

Las Empresas de Inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las Empresas de Inserción, que deberán estar inscritas en los registros correspondientes conforme a la normativa de aplicación.

Los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social, según lo recogido en el Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social y constituidos y registrados conforme al Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo.

Tercero.- Cambios a introducir con respecto a una licitación no reservada

El contrato reservado no es un procedimiento de adjudicación diferenciado, siendo aplicable su categoría a cualquier sistema de licitación. Los cambios con respecto a una licitación no reservada son:

- En el expediente administrativo se hará constar la condición de reservado, que deberá mencionarse en el título y en el anuncio de licitación, así como en los pliegos que se aprueben. Para ello se introducirá la expresión “reservado a [Empresas de Inserción/Centros Especiales de Empleo de iniciativa social/programas de empleo protegido según corresponda] según lo establecido en la disposición adicional cuarta de la LCSP”
- Dentro del expediente de contratación debe hacerse referencia a la conveniencia y la adecuación de reservar la prestación objeto del contrato para empresas de este tipo (Centros Especiales de Empleo y/o Empresas de Inserción). A modo de ejemplo puede incluirse el siguiente párrafo:

Se ha decidido reservar el contrato de [objeto del contrato] para [Empresas de Inserción y/o Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social] puesto que las actividades contempladas en su ejecución se consideran adecuadas para su desempeño por [colectivos en riesgo de exclusión y/o personas con discapacidad], como lo demuestra el hecho de que existan empresas de carácter social que se dedican a ellas. La calificación de contrato reservado de acuerdo con la Disposición Adicional Cuarta se hace además para apoyar el objetivo de conseguir una contratación más social y sostenible que persigue este [órgano de contratación] y que se apoya en el mandato indubitado que realizan tanto las Directivas de Contratación de 2014 como la Ley de Contratos del Sector Público de 2017.

- Dentro de la aptitud para contratar, se exigirá a las entidades que puedan participar en el contrato el certificado de estar correctamente inscritas en el registro correspondiente.
- No procederá la exigencia de la garantía definitiva a que se refiere el artículo 107 de esta Ley, salvo en los casos en los que el órgano de contratación, por motivos excepcionales, lo considere necesario y así lo justifique motivadamente en el expediente.

Cuarto.- Condiciones a tener en cuenta

La reserva puede hacerse para los dos tipos de entidades conjuntamente o por separado, siendo preferible esta última opción.

La posibilidad de subcontratación del objeto del contrato reservado, que se limitará a prestaciones accesorias al objeto principal del contrato, exigirá en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que rijan estos contratos reservados, la autorización expresa del órgano de contratación.

No es adecuado la reserva contratos donde esté implicada la subrogación del personal que viniera desempeñando las funciones objeto del contrato, salvo que fuera realizado anteriormente por una empresa de inserción o un centro especial de empleo de iniciativa social. No obstante lo anterior, podrán realizarse consultas al mercado para determinar si existe disposición por parte de las entidades para presentarse a la licitación.

Quinto.- Uniones Temporales de Empresas

En el supuesto de que a la licitación se presente una Unión Temporal de Empresas se tendrá en cuenta que el carácter de centro especial de empleo de iniciativa social o de empresa de inserción, que se exige para ser contratista en un contrato reservado, debe concurrir en todos y cada uno de los eventuales integrantes de la Unión, no pudiendo ser de aplicación las reglas de acumulación previstas en la norma, dado que la concurrencia de tal carácter es condición legal de aptitud para la licitación y no requisito de solvencia.

Los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social o las Empresas de Inserción que resulten adjudicatarios deben mantener durante todo el plazo de ejecución del contrato su régimen jurídico, resultando la pérdida sobrevenida de la misma causa de resolución del contrato.

Sexto.- Contratos declarados desiertos

Cuando tras haberse seguido un procedimiento de un contrato reservado, no se haya presentado ninguna proposición o esta no sea adecuada de acuerdo con el objeto del contrato, se podrá licitar de nuevo el contrato sin efectuar la reserva inicialmente prevista, siempre que no se modifiquen

sustancialmente las condiciones esenciales del mismo. No obstante, el importe de dicho contrato computará a efectos del cumplimiento de la cantidad establecida para la reserva.

[ALTERNATIVA PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO DE PERSONAS CON DIFICULTADES DE ACCESO AL MERCADO LABORAL]

Septimo.- Medidas para la promoción del empleo de colectivos en riesgo de exclusión

Como medida para la promoción del empleo de colectivos en riesgo de exclusión, sin perjuicio de poder aplicarse a cualquier objeto contractual, para aquellos contratos intensivos en mano de obra, cuando este concepto suponga más del 50% del presupuesto de licitación, los órganos de contratación incorporarán en los pliegos, siempre que guarde relación con el objeto del contrato, como criterios de adjudicación y/o como condiciones especiales de ejecución, o ambos a la vez, con el objetivo de promover el empleo de personas con discapacidad, en el caso de los Centros Especiales de Empleo y de colectivos en riesgo de exclusión, en el caso de las Empresas de Inserción, dentro de la ejecución del contrato, la realización parcial de la prestación mediante la subcontratación con los Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción, pudiendo beneficiarse en este supuesto cualquier Centro Especial de Empleo con independencia de su naturaleza jurídica.

En caso de que el órgano de contratación considere que no es apropiada la incorporación de este tipo de criterios sociales en la contratación, deberá justificarlo motivadamente.

La inclusión de la subcontratación de las citadas entidades como criterio de adjudicación en virtud de lo dispuesto por el artículo 145 de la LCSP podrá introducirse, a título de ejemplo el siguiente criterio:

- Se valorará hasta [con un determinado número de puntos] la subcontratación de un porcentaje del precio de adjudicación del contrato a través de un Centro Especial de Empleo o una Empresa de Inserción, pudiendo realizarse una escala en función del porcentaje de la subcontratación.

La inclusión de la subcontratación de las citadas entidades como condición especial de ejecución en virtud de lo dispuesto por el artículo 202, en el

supuesto de que se haya previsto la subcontratación, a título de ejemplo, se relaciona a continuación:

- Cuando esté previsto un porcentaje de subcontratación del objeto del contrato, podrá exigirse que la misma se efectúe con Centros Especiales de Empleo de cualquier naturaleza jurídica o Empresas de Inserción en un porcentaje del presupuesto de adjudicación, circunstancia que reviste el carácter de condición especial de ejecución de carácter social.
- Se podrá también combinar ambas modalidades de cláusulas sociales, la exigencia de un porcentaje mínimo de subcontratación como condición especial de ejecución y un porcentaje superior como criterio de adjudicación.

Con el fin de hacer efectiva estas medidas deberán establecerse en los propios pliegos mecanismos de control como podrían ser, exigir la presentación de un compromiso con la entidad en el que se especifique al menos, el importe de la subcontratación, porcentaje que implica respecto a la oferta del licitador, las condiciones de la subcontratación, medios de pago, concreción de la parte que sería objeto de la subcontratación, etc., así como la acreditación de que las entidades beneficiarias son Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción de acuerdo con su norma reguladora.

