

La LCSP no permite establecer la subcontratación obligatoria con Centros especiales de Empleo o Empresas de Inserción, pero si es admisible establecer esa obligación como condición especial de ejecución de carácter social. Por María Asunción Sanmartín Mora

Resolución 287/2021 Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid analiza un supuesto en el que el PCAP obliga a la subcontratación de un 3% con empresas de inserción, y concluye que en la actual LCSP no es posible establecer la subcontratación obligatoria, pero si es admisible mediante el establecimiento de condiciones especiales de ejecución de carácter social. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales también ha validado una condición especial de ejecución consistente en la subcontratación de determinadas prestaciones de un contrato de servicios con Centros Especiales de Empleo sin ánimo de lucro, Centros de Inserción Socio laboral o empresas acogidas a programas de empleo protegido en la Resolución 695/2021.

Señala el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

"Este Tribunal visto el expediente de contratación y las alegaciones formuladas por las partes ha de convenir con la recurrente en que la regulación actual dada a la subcontratación en el artículo 215 de la LCSP no permite al órgano de contratación incluir en los pliegos la obligación del adjudicatario de subcontratar con terceros la realización parcial de la prestación objeto de contrato. Como prevé expresamente el citado artículo 215 de la LCSP en sus apartados 1, 7 y 4 la subcontratación es potestativa para el contratista, los subcontratos tienen naturaleza privada, y los subcontratistas quedan obligados exclusivamente ante el contratista que es el único responsable de la ejecución del contrato frente a la Administración. Por tanto, procede estimar el principal motivo de impugnación del recurso al no quedar amparada por la LCSP la obligación establecida en el apartado 23 del Anexo I del Lote 2 del PCAP de subcontratar el 3% del presupuesto base de licitación del Lote 2.

A estos efectos es conveniente traer a colación los argumentos ya esgrimidos por este Tribunal con ocasión de la Resolución nº 172/2017 de 7 de junio, manifestando que "Desde el punto de vista del subcontratista, como ajeno a la relación contractual con la administración, no puede verse compelido u obligado a establecer una relación comercial o contractual con el adjudicatario de un contrato por un tercero (el Ayuntamiento) si no es acordada voluntariamente con él. La subcontratación no depende exclusivamente de la voluntad del contratista y la administración no puede intervenir en una relación jurídico privada en la que es ajena. En caso de que el adjudicatario del servicio de comedor no aceptara la subcontratación, por no ser de su interés, el responsable de la imposibilidad de ejecución del contrato y responsable de la resolución contractual que llevaría consigo, sería el empresario que ha aceptado la obligación, vía pliegos, con la presentación de su oferta. La justificación del órgano de contratación de satisfacer el interés público de la mejor manera posible se vería truncada ante la imposibilidad de obligar a un empresario no ligado por la relación contractual. El principio de libertad de pactos que permite incluir cláusulas y condiciones que no sean contrarias al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración no ampara establecer obligaciones para quienes no son parte en el procedimiento de contratación o que no dependen de la voluntad del contratista sino de terceros".

(...) La subcontratación no introduce una figura nueva en el contrato como tercera parte, el contrato administrativo es bilateral. La relación entre el contratista y los subcontratistas es una figura distinta al contrato principal y de la relación entre administración y adjudicatario que no puede imponerse en los pliegos”.

Sin perjuicio de lo anterior, conforme a lo dispuesto en el artículo 122.2 de la LCSP, el PCAP incluirá consideraciones sociales, laborales y ambientales como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución en los términos previstos en el artículo 202 de la LCSP, entre las que expresamente recoge las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, para entre otras, hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer, la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro..., siendo todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo, para el caso de que el contratista voluntariamente opte por subcontratarlas.

De lo expuesto se desprende claramente que huelga entrar en la disquisición de si la imposición de la subcontratación debe efectuarse a empresas de inserción, dado que queda anulada la obligación de subcontratar recogida en el PCAP. No obstante, conviene precisar en relación a las manifestaciones efectuadas por la recurrente relativas a que la D.A. 4ª de la LCSP al regular los contratos reservados solo prevé la reserva de la totalidad del contrato o de lotes de determinados contratos, que también posibilita la reserva de un porcentaje mínimo de la ejecución de estos contratos, lo que podría articularse como hemos comentado con anterioridad mediante el establecimiento de condiciones especiales de ejecución de carácter social, que podrían prestarse directamente por el contratista o bien concertando voluntariamente con terceros su realización”.

Acceder aquí:

<http://www.obcp.es/sites/default/files/2021-12/Resoluci%C3%B3n%20287%20-%202021.pdf>