

PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

ESTRUCTURA

En **negrita**, las menciones o vacíos que el proyecto contiene a los servicios sociales, sanitarios y educativos del anexo IV (proyecto) XIV (Directiva 2014/24/UE).

En **rojo**, el sentido de las propuestas de la AEF y en recuadros las propuestas de texto concretas, partiendo de que, de acuerdo con la Directiva comunitaria, para la adjudicación de estos servicios, la administración tiene amplia libertad pero:

- i) **Dentro de la libertad debe fijar algún tipo de procedimiento, no cabe la mera exclusión dado que sería entender que se pueden adjudicar de forma directa y sin publicidad, algo que no parece coherente.**

Además, esa libertad se deja los Estados miembro, luego si no se hace uso de ella, se puede llegar a entender que han optado por no ejercerla y que la regulación de estos contratos es idéntica a la de los demás servicios. En la práctica, el proyecto hace tan pocas menciones a estos servicios que puede hacerse esta interpretación.

Deben respetarse las competencias de las CCAA pero al tiempo que debe establecerse un marco mínimo claro de forma que dé seguridad jurídica a lo adoptado por algunas CCAA. No debe haber colisión ni contradicción aparente entre lo que regulan las comunidades autónomas y las disposiciones básicas LCSP que son casi todas.

Aun cuando se incluya una enmienda que salvaguarde la competencia de las CCAA para regular los conciertos de acuerdo con criterios de publicidad y transparencia, también debe recogerse la posibilidad de que las entidades locales y la administración general de Estado, aunque poco probable por el ámbito competencial de estos servicios, acuda a esa opción.

- ii) **En los contratos sujetos a regulación armonizada hay también libertad pero dentro de los principios que se recogen en el art. 74 y ss de la Directiva, lo que no excluye que ese marco sirva también para los contratos ordinarios no sujetos a regulación armonizada.**
- iii) **En conclusión, entendemos que, de acuerdo con la Directiva, los poderes adjudicadores pueden optar por las siguientes modalidades (o por ninguna dentro de la libertad que tiene y llevarlo al régimen general, algo no deseable):**

a. **Reserva previa.**

- b. **Procedimiento restringido.**
- c. **Procedimiento negociado con publicidad.**

En todos los casos preservando la mejor relación calidad/precio.

iv) La administración puede optar por las siguientes modalidades de contratación:

- a. **Contrato de concesión de servicios: hasta ahora era la única forma contemplada para la adjudicación de ciertos servicios sociales. Sustituye al contrato de gestión de servicio público (art. 277 TRLCSP) que incluía el “concierto”. El riesgo operacional lo asume el contratista.**
- b. **Contrato de servicios. El riesgo operacional lo asume la administración.**

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. Mención:

Los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos u organizar los mismos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

LIBRO PRIMERO

II. TIPOS CONTRACTUALES

- I. **Contrato de obras.**
- II. **Contrato de concesión de obras.**
- III. **Contrato de concesión de servicios.**

- i. **Art. 15: no se contiene mención específica al contrato de concesión de servicios del anexo IV.**

IV. Contrato de suministro.

V. Contrato de servicios.

- i. **Art. 17: No se contiene una mención específica al contrato de servicios del Anexo IV.**

VI. Contratos mixtos.

- i. **Art. 18: a) Cuando un contrato mixto comprenda prestaciones propias de dos o más contratos de obras, suministros o servicios se atenderá al carácter de la prestación principal. En el caso de los contratos mixtos que comprendan en parte servicios especiales del Anexo IV, y en parte otros servicios, o en el caso de los contratos mixtos compuestos en parte por servicios y en parte por suministros, el objeto principal se determinará en función de cuál sea el mayor de los valores estimados de los respectivos servicios o suministros: **mantener**.**
- ii. **Incluir un nuevo artículo con una mención específica a la especialidad de los contratos de servicios sociales de acuerdo con la Directiva. Seguridad jurídica para las administraciones que ya lo han regulado. Acorde con los arts. 74 y ss de la Directiva y con la propia exposición de motivos del proyecto de ley.**

PROPUESTA.

Artículo (nuevo), después del art. 17: Especialidades de los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos.

Cuando el objeto del contrato sea alguno de los servicios sociales contemplados en el Anexo IV, serán de aplicación las siguientes reglas:

- a. **Los poderes adjudicadores establecerán los procedimientos adecuados a fin de garantizar la transparencia e igualdad de trato de los operadores económicos, teniendo en cuenta las especificidades de estos servicios.**
- b. **Los poderes adjudicadores podrán acudir al régimen de autorización o licencia, siempre que todos los operadores económicos que cumplan determinadas condiciones, previamente establecidas por el ente, organismo o entidad del sector público, sean autorizados a prestar servicios, a cambio de una remuneración y bajo unas condiciones también establecidas y publicadas previamente.**

JUSTIFICACIÓN.

Los contratos de servicios sociales del anexo IV no son una modalidad de contratos y pueden ser, bien contratos de servicios, bien contratos de gestión de servicios, pero sí se consideran servicios especiales tal y como refleja la Directiva 2014/24/UE en los artículos 74 y siguientes así como la propia de exposición de motivos del proyecto. Su especialidad deriva de su consideración en el ámbito comunitario como servicios no económicos de interés general en los que la administración puede optar por prestar directamente el servicio o bien hacerlo a través de entidades que ya vengán prestando dichos servicios de acuerdo con su objeto social, de ahí que puedan preverse de forma específica regímenes de concierto, autorización o licencia. Son servicios esenciales al Estado social, y constituyen contratos de gestión indirecta por la administración de los servicios de su titularidad, como se recoge en el art. 282 del proyecto.

III. UMBRALES

I. Ordinarios.

II. Sujetos a regulación armonizada.

- i. **Art. 22: incluye la mención a los contratos de servicios del anexo IV con valor superior a 750.000 euros.**
- ii. **Con la propuesta del nuevo artículo 17 entendemos incluida la mención a la posibilidad de seguir la observación de los principios fundamentales a que se refiere la Directiva. Mantener.**

IV. PARTES DEL CONTRATO.

I. Aptitud para contratar: prohibiciones de contratar.

- i. **Artículo 17.1: incluye prohibición de contratar con las entidades que incumplan las obligaciones tributarias y con la Seguridad Sociales y con las obligaciones de reserva a favor de personas con discapacidad en los términos que se desarrollen reglamentariamente.**
- ii. **Eliminar la condición de desarrollo reglamentario para entender que la ley ya obliga a acreditarlo sin esperar a ese desarrollo.**

II. Acreditación de la aptitud para contratar: prohibiciones de contratar.

- i. **Art. 71: incluye entre las prohibiciones para contratar el incumplimiento de obligaciones laborales y en materia de discapacidad.**
- ii. **No hacemos ninguna propuesta pero apoyamos todas aquellas que incluyan un refuerzo de las obligaciones en el ámbito laboral o de discapacidad.**

III. Solvencia: solvencia técnica o profesional.

- i. Art. 90: solvencia profesional en los contratos de servicios.
- ii. **No formulamos ninguna propuesta.**

LIBRO SEGUNDO

I. ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS.

a. Procedimiento de adjudicación.

- i. Art. 131: el procedimiento general será el procedimiento abierto, salvo para los contratos del anexo IV que será el procedimiento RESTRINGIDO.
- ii. **Añadir la posibilidad de acudir al negociado cuando la presente ley lo permita.**
- iii. **Añadir la posible reserva de contratos a entidades no lucrativas de acuerdo con la Directiva.**

PROPUESTA.

Artículo 131.2. Procedimiento de adjudicación: nuevo párrafo con referencia al procedimiento con negociación y a los contratos reservados.

2.La adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento **o mediante el procedimiento de negociación en aquellos casos en los que se cumplan los supuestos previstos en esta ley.**

Los poderes adjudicadores podrán reservar a determinadas organizaciones el derecho de participación en procedimientos de adjudicación de contratos públicos exclusivamente en el caso de los servicios sociales, culturales y de salud sujetos a regulación armonizada incluidos en el Anexo IV.

En los supuestos del artículo 166 podrá seguirse el procedimiento negociado sin publicidad; en los casos previstos en el artículo 165 podrá recurrirse al diálogo competitivo o a la licitación con negociación y en los indicados en el artículo 175 podrá emplearse el procedimiento de asociación para la innovación.

JUSTIFICACIÓN.

Como servicios especiales que son, resulta positivo que el procedimiento de adjudicación no se ajuste a la regla general de acudir al procedimiento abierto, sino al

restringido, pero tampoco parece que haya motivo para que el poder adjudicador pueda acudir en ocasiones al procedimiento con negociación si se dan supuestos del art. 165 o 166 del proyecto.

Por otra parte, en cuanto a los contratos reservados de servicios sociales, están amparados por el art. 77 de la Directiva siempre a favor de entidades que, en esencia, actúen sin ánimo de lucro y reinviertan los beneficios obtenidos. Además, esta reserva ha sido amparado por relevante jurisprudencia comunitaria: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-113/13, as. *Croce Rossa Italiana y otros*) o Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2016 (asunto C-50/14).

Asimismo ha de tenerse en consideración que en la disposición adicional cuarta del Texto Refundido actual, se contempla la reserva de contratos también a favor de entidades sin ánimo de lucro en general, algo que ha desaparecido del texto del proyecto.

Sí se mantiene – en la disposición adicional cuarta – la referencia a los contratos reservado referidos a los centros especiales de empleo y empresas de inserción, lo cual se considera positivo y adecuado a lo previsto en la normativa comunitaria, por lo que no parece que haya razón para no incluir a las entidades sin fin de lucro.

- iv. **Art. 135.5: en los contratos de concesión de servicios del Anexo IV el anuncio de licitación se hará mediante anuncio de información previa de la DA 37^a.**
- v. **No formulamos ninguna propuesta.**

b. Criterios de adjudicación.

- i. **Art. 145.7: establece que en los contratos de prestación de servicios sociales el precio no puede ser el factor determinante.**
- ii. **Reforzar esta propuesta poniendo ejemplos de algunos de los criterios cualitativos que pueden tenerse en cuenta. Más seguridad jurídica.**

PROPUESTA.

Art. 145.3, b. Criterios de adjudicación del contrato.

b) Criterios cualitativos que permitan identificar la oferta que presenta la mejor relación calidad-precio, previa evaluación comparativa de todas las ofertas. Estos criterios podrán referirse, entre otros, a los siguientes aspectos:

1º. La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, **como el fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas**

asignadas a la ejecución del contrato, las características medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones; debiéndose entender incluidos los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

JUSTIFICACIÓN.

Reforzar los criterios cualitativos que pueden utilizarse como criterios de adjudicación desde la perspectiva de las organizaciones sociales. En coherencia con la Directiva que incide particularmente en la necesidad de atender a criterios no exclusivamente económicos, sino a otros criterios cualitativos claramente definidos, particularmente en los servicios sociales especiales.

PROPUESTA.

Art. 145.7, letra g. Criterios de adjudicación del contrato.

“g) Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.

En todo caso, en los contratos de prestación de servicios sociales si fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato o promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación.

En particular, los poderes adjudicadores deberán tener en cuenta la necesidad de garantizar, entre otros aspectos, la calidad, la continuidad, la integralidad y la personalización de la atención, la accesibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, la implicación y participación de las personas usuarias y la innovación”.

JUSTIFICACIÓN.

Como en la propuesta anterior.

PROPUESTA.

Art. 145.3, a. Criterios de adjudicación.

3. Los criterios que establezcan los órganos de contratación para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa para la Administración podrán ser de la siguiente clase:

a) Criterios relacionados con los costes que, a elección del órgano de contratación, podrán referirse al precio **IVA excluido**, a la renuncia a la revisión de precios, o a otro parámetro que permita identificar la oferta que presenta la mejor relación coste-eficacia, como el coste del ciclo de vida calculado según lo dispuesto en el artículo 146.

A los efectos de valorar el precio en un procedimiento de licitación, se tomará en consideración el coste final para la entidad contratante, debiendo considerar si el Impuesto sobre el Valor Añadido es un coste o es recuperable o compensable total o parcialmente para la entidad contratante. Si el Impuesto sobre el Valor Añadido es un coste para la entidad, la valoración se hará sobre la totalidad de la oferta, IVA incluido.

Si el Impuesto sobre el Valor Añadido es recuperable o compensable en su totalidad por la entidad, la valoración se hará sobre la base imponible del IVA, sin tomar en consideración el IVA. Si sólo fuera recuperable o compensable parcialmente, se tomará la base imponible del IVA y la parte de IVA que sea coste en función de su régimen de deducción.

Asimismo, en el caso de que el sujeto pasivo por la adquisición o recepción del servicio sea la entidad contratante, a los efectos de comparar las distintas ofertas se tomará en consideración la incidencia del Impuesto sobre el Valor Añadido.

En el pliego se hará mención a la forma de valoración de los precios y de la incidencia del IVA.

JUSTIFICACIÓN.

Precisamente en referencia al criterio de la oferta económicamente más ventajosa de acuerdo con el art. 67.2 de la Directiva 2014/24/UE, ha de tenerse en cuenta el “coste” de la obra o servicio, que incorpora distintos elementos y no sólo el precio. Así, debe tenerse en consideración que el IVA que soportan las administraciones públicas y los poderes adjudicadores no es en general deducible, por lo que carece de sentido excluirlo de la valoración como regla general, cuando se va a pagar sin posibilidad de deducción. Lo que aparentemente era la oferta económicamente más ventajosa, deja de serlo.

Si una entidad exenta presenta una oferta de 100 (y por tanto sin IVA) y otra entidad no exenta presenta una oferta de 98, puntúa más alto esta última porque no se incluye el IVA, pero el coste final para la entidad contratante es mayor: si le sumamos el IVA al tipo del 10%, lo que pagaría la entidad contratante sería $98 + 9,8$ lo que asciende a 107,8.

Además, este criterio, de aparente equidad, tampoco lo es desde la perspectiva de los licitadores, pues no hay que olvidar que la exención en las actividades culturales, deportivas o sociales, es sólo un beneficio en apariencia, pues supone que las entidades exentas no puedan deducir el IVA soportado por lo que éste se incorporará normalmente al precio como un coste más. Por el contrario, las entidades no exentas, al repercutir IVA, podrán a su vez deducir el soportado, por lo que no se verán obligadas a incluirlo como coste en el precio final.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda ya había señalado que, a efectos de valorar la oferta económicamente más ventajosa, deben compararse las ofertas excluyendo el IVA, es decir, que debe valorarse el precio ofertado por los licitadores antes del IVA, en particular cuando se presenta en un concurso público una entidad exenta de IVA - como ocurre especialmente en todo lo que se refiere a los servicios sociales, culturales y deportivos - frente a una que sí está gravada.

II. PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN.

a. Procedimiento abierto.

b. Procedimiento restringido.

- i. Art. 158: cualquier empresa puede presentar una solicitud pero sólo presentan proposición aquellos seleccionados por el órgano de contratación de acuerdo con los criterios de solvencia previamente establecidos. De entre los que cumplen los requisitos el órgano de contratación selecciona los que pasan a la siguiente fase. Se formulan las proposiciones y se adjudica. No se recogen menciones especiales para los servicios del anexo IV.
- ii. **No formulamos propuesta. Quedan comprendidas en las propuestas anteriores.**

c. Procedimiento con negociación.

- i. Art. 165: no hay mención específica a los contratos del anexo IV.
- ii. **No formulamos propuesta. Quedan comprendida en las propuestas anteriores.**

d. Diálogo competitivo.

e. Procedimiento de asociación para la innovación.

III. DESARROLLO DE LA TIPOLOGÍA DE CONTRATOS.

a. DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS.

b. DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS.

c. DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS.

- i. Art. 282: Gestión indirecta por la administración de los servicios de su titularidad. No hay menciones específicas a la concesión de servicios del anexo IV.
- ii. **No formulamos propuesta.**

d. DEL CONTRATO DE SUMINISTRO.

e. CONTRATOS DE SERVICIOS.

- i. Art. 306: no hay menciones específicas para los servicios del Anexo IV.
- ii. **No formulamos propuesta.**

**PROPUESTA ESPECÍFICA A LA DEFINICIÓN DE FUNDACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO:
ART. 3.1, E).**

“e) Las fundaciones públicas. A efectos de esta Ley, se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos:

1.º Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, ***o bien reciban de éstas aportaciones posteriores con destino a la dotación fundacional, de forma que ésta quede integrada en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por ellas.***

2.º Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente.

3.º **Que las entidades del sector público tengan derecho a nombrar a más de la mitad de los miembros del patronato.**

JUSTIFICACIÓN.

La definición de fundación del sector público que se recoge es la contenida en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, si bien con dos diferencias. Por un lado, el párrafo primero hace referencia en el proyecto al sector público en general, como es lógico, y no sólo al estatal. Por otra el segundo párrafo hace referencia también al sector público en general, y no al sector público institucional, tal y como se recoge, de forma injustificada en la Ley 40/2015. Sin embargo, esta definición adolece del mismo defecto que la recogida en la Ley 40/2015. No aclara si por aportación inicial debe entenderse “dotación fundacional” y si por aportaciones posteriores quiere hacerse referencia a aportaciones sucesivas a la dotación. Lo contrario podría hacer que cualquier fundación, por el mero hecho de recibir una aportación posterior de un ente del sector público, pasara a ser pública. Además es contradictorio con el párrafo segundo en el que se establece un mínimo del 50 por 100 y se hace referencia al patrimonio con carácter de permanencia, que no es otro que la dotación.

Asimismo, si bien el tercer párrafo reproduce el párrafo tercero del artículo 128.1, c), de la Ley 40/2015, debe advertirse que, por si solo, el hecho de que coyunturalmente un patronato pudiera estar formado mayoritariamente por administraciones públicas no convierte a la fundación en pública. Además, en una fundación no existen “derechos” de voto dado que no existe un capital dividido en acciones.

**Asociación Española de Fundaciones
Febrero de 2017**