

**PROPUESTAS DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FUNDACIONES
(AEF) AL**

Proyecto de Ley 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

Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 2 de diciembre de 2016, núm. 2-1

OBSERVACIONES GENERALES Y JUSTIFICACIÓN DE LAS PROPUESTAS: REGULACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SOCIALES POR ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO.

Tercer sector y contratación pública: evolución y situación actual.

El Tercer Sector está constituido por organizaciones sin ánimo de lucro, asociaciones y fundaciones, que trabajan en distintas áreas de interés general.

Se estima que en el Tercer Sector de Acción Social actúan más de 1.800 organizaciones. En el año 2013, su financiación procedía en un 55,3% de fuentes públicas, un 19,4% procedía de fuentes privadas y la financiación propia representaba un 25,3%, habiéndose incrementado esta última notablemente respecto al 2008, en el que representaba sólo el 14,8%¹. Entre los destinatarios de estos servicios se encuentran administraciones públicas.

En el sector fundacional, una parte del Tercer Sector, la financiación pública es menor y sólo representaba el 14% en 2014, pero la prestación de bienes y servicios de interés general representaba el 36,15%, correspondiendo una parte a contratos con las administraciones públicas².

Distintos factores pueden explicar este incremento de la financiación propia. Primero, la crisis. Frente a la reducción de los recursos públicos y privados, las organizaciones se han visto obligadas a incrementar su auto financiación. Pero además, con el inicio de la crisis, el Tercer Sector en España ya estaba sumido en un cambio de modelo de financiación pública, pues las Administraciones estaban pasando de utilizar, para la financiación de algunos servicios sociales, la técnica de la subvención a la del contrato público, como consecuencia de la adaptación a las directivas europeas (principalmente la Directiva 2004/18 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procesos de adjudicación de los contratos de obras, de suministros y de servicios).

¹ El Tercer Sector de Acción Social en 2015: Impacto de la Crisis, Plataforma de ONG de Acción Social y Plataforma del Tercer Sector: http://www.plataformaong.org/ciudadaniaactiva/tercersector/estudio_completo_el_TSAS_en_2015_impacto_de_la_crisis.pdf

² El Sector Fundacional en España. Atributos Fundamentales (2008-2014). Tercer Informe, AEF: http://www.fundaciones.org/EPORTAL_DOCS/GENERAL/AEF/DOC-cw585d042d56ecf/Aefsectorfundacional3erInforme3.pdf

Este cambio de modelo es lógico, pues las entidades del Tercer Sector prestan auténticos servicios a los ciudadanos o a sus beneficiarios, a través de una relación auténticamente onerosa y no gratuita, en la que la Administración está asumiendo algo más que un papel de fomento de la actividad financiada y en la que las entidades del Tercer Sector están prestando servicios que, de otra manera, tendrían que ser atendidos directamente por el sector público. La estructuración de este modelo es uno de los objetivos que trata de abordar y ordenar la Ley 43/2015, del Tercer Sector de Acción Social, que identifica normativamente a este sector con unas características propias, más allá de la regulación de sus formas jurídicas.

Es en la contratación pública en los sectores sociales, sanitarios y educativos, en aquellos en los que la presencia de asociaciones y fundaciones es intensa, dado que se trata de áreas en las que las entidades que persiguen fines de interés general tienen uno de sus principales focos.

La Directiva 2004/18/UE introdujo algo de claridad en torno a la posibilidad que tenían los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato. Estos aspectos, las denominadas cláusulas sociales, quedaron recogidas en la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), en esencia: i) artículo 118: condiciones especiales de ejecución de los contratos; ii) artículo 150: criterios de valoración de las ofertas; iii) disposición adicional cuarta: contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro; iv) disposición adicional quinta: contratos reservados; y v) exigencias derivadas del cumplimiento de las obligaciones en materia de personas con discapacidad y su inclusión social.

Sin embargo, a pesar del paso dado, las cláusulas sociales no han sido suficientemente desarrolladas por muchos poderes adjudicadores al amparo de la actual normativa, en muchos casos por considerar que la norma no dotaba de suficiente seguridad jurídica para su adopción. Han sido las juntas consultivas de contratación y algunas administraciones públicas, a través de la adopción de manuales de contratación o modelos de pliegos, las que han ido abriendo el camino.

La Directiva 2014/24/UE, de contratación pública y el régimen especial de los servicios a los ciudadanos, sociales, sanitarios y educativos.

La Directiva ha avanzado aún más hacia un modelo de contratación que no tenga en cuenta como elemento preponderante el precio, al ponerse de

manifiesto, entre otros aspectos, la relevancia que para la calidad de los servicios públicos tienen ciertos aspectos relacionados con el propio objeto del contrato.

Sin dejar de lado el principio de eficiencia que resulta esencial al modelo de contratación pública, la Directiva enfatiza en el necesario binomio precio y calidad del servicio en la prestación de servicios a los ciudadanos en los ámbitos sociales, sanitarios y educativos, que se corresponden con el núcleo de las prestaciones básicas del Estado social, otorgándoles un régimen especial que se concreta en los siguientes puntos.

a. Servicios no económicos de interés general.

La Directiva 2014/24/UE recuerda que los Estados miembro “gozan de libertad para organizar la prestación de los servicios sociales obligatorios o de cualquier otro servicio, como los servicios postales, los servicios de interés económico general o los servicios no económicos de interés general, o una combinación de ambos. Conviene aclarar que los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva” (considerando 6).

La presente Directiva “se entiende sin perjuicio de la libertad de las autoridades nacionales, regionales y locales de definir, con arreglo al Derecho de la Unión, servicios de interés económico general, su ámbito de aplicación y las características del servicio que ha de prestarse, incluida cualquier condición relativa a la calidad del servicio, con objeto de perseguir sus objetivos de política general. La presente Directiva también debe entenderse sin perjuicio de la facultad de las autoridades nacionales, regionales y locales de establecer, encargar y financiar servicios de interés económico general con arreglo al artículo 14 del TFUE y el Protocolo no 26 sobre los servicios de interés general anejo al TFUE y al Tratado de la Unión Europea (TUE). Por otra parte, la presente Directiva no trata la financiación de servicios de interés económico general ni los sistemas de ayuda concedida por los Estados miembros, en particular en el ámbito social, de conformidad con las normas de la Unión en materia de competencia” (considerando 7).

b. Criterios cualitativos de adjudicación.

En relación con los criterios de selección recogidos en el art. 52 de la Directiva, esta señala que “con respecto a la capacidad técnica y

profesional, los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos para asegurar que los operadores económicos poseen la experiencia y los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad. Los poderes adjudicadores podrán exigir, en particular, que los operadores económicos tengan un nivel suficiente de experiencia demostrada mediante referencias adecuadas de contratos ejecutados en el pasado. Los poderes adjudicadores podrán suponer que un operador económico no posee las capacidades profesionales necesarias si han establecido que este tiene conflictos de interés pueden incidir negativamente en la ejecución del contrato”.

Asimismo, el artículo 67, relativo a los criterios de adjudicación, si bien señala que los poderes adjudicadores atenderán al criterio de la oferta económicamente más ventajosa añade que:

“La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate. Dichos criterios podrán incluir, por ejemplo: a) la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones; b) la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato, o c) el servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega y el plazo de entrega o el plazo de ejecución. El factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad”.

c. Contratos de servicios sociales y otros servicios específicos que superen determinados umbrales y contratos reservados.

El artículo 20 de la Directiva señala que “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”.

Los artículos 74 a 77 de la Directiva 2014/24/UE contienen las normas de adjudicación de los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos del Anexo XIV cuyo valor sea superior al umbral indicado en el artículo 4, letra d) (750.000 euros). Así, establece las normas conforme a las cuales darán a conocer los poderes adjudicadores su intención de contratar y los principios conforme a los cuales deberá realizarse la contratación:

“1. Los Estados miembros establecerán normas nacionales para la adjudicación de los contratos sujetos a lo dispuesto en el presente capítulo, a fin de garantizar que los poderes adjudicadores respetan los principios de transparencia y de igualdad de trato de los operadores económicos. Los Estados miembros serán libres de determinar las normas de procedimiento aplicables, siempre que tales normas permitan a los poderes adjudicadores tener en cuenta la especificidad de los servicios en cuestión.

2. Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores puedan tener en cuenta la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables, la implicación y la responsabilización de los usuarios y la innovación. Además, los Estados miembros podrán disponer que la elección del proveedor de servicios se haga sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta criterios de calidad y de sostenibilidad en el caso de los servicios sociales”.

Además, respecto a los contratos de servicios sociales y otros servicios del Anexo XIV de la Directiva que por sus umbrales deban adjudicarse conforme a los normas del capítulo I del título III (regímenes de contratación particulares), se establece que “Los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores estén facultados para 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 que se contemplan en el artículo 74 y que lleven los códigos CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5,

80590000-6, desde 85000000-9 hasta 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 y 98133110-8”.

Las organizaciones a que se refiere este apartado 1 deberán cumplir todas las condiciones siguientes:

- a) que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado 1;
- b) que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá basarse en consideraciones 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, y
- d) que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes.

La duración máxima del contrato no excederá de tres años.

Jurisprudencia comunitaria.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido conformando una amplia doctrina acerca de la prestación de servicios sociales, la relevancia de la calidad como criterio de adjudicación en ellos y el papel del sector no lucrativo en la prestación de estos servicios.

Cabe citar, entre otras, por ser reciente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2016 (asunto C-50/14) que además de reconocer la capacidad de organización de los Estados para la prestación de servicios no económicos de interés general, admite la colaboración con entidades sin ánimo de lucro autorizadas por la legislación de los Estados miembros como instrumento para la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria, controlando los costes de los servicios a las personas siempre que estas entidades, actuando en el marco de dichos objetivos “no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones,

independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros”.

También la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-113/13, as. *CroceRossa Italiana y otros*) que ha declarado que “los artículos 49 UE y 56 FUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que prevé que el suministro de servicios de transporte sanitario de urgencia y de extrema urgencia debe confiarse, con carácter prioritario y mediante adjudicación directa, sin ningún tipo de publicidad, a los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado un convenio, siempre que el marco jurídico y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria en los que descansa esa normativa”. La sentencia incide en que deben darse circunstancias objetivas que lo justifiquen.

Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y régimen de servicios a los ciudadanos.

La exposición de motivos del proyecto reconoce “que 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”.

En el ámbito de los servicios sociales, sanitarios y educativos, son las Comunidades Autónomas las que han asumido las competencias y, en la actualidad, ya han aprobado su propio régimen jurídico para regular el denominado, en casi todas ellas, “régimen de concierto de servicios sociales”. Así, Aragón aprobó el DECRETO-LEY 1/2016, de 17 de mayo, del Gobierno de Aragón, sobre acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario; Baleares la Ley 4/2009, así como el Real Decreto 18/2015; o el Parlamento andaluz la Ley de Servicios Sociales de Andalucía, por citar algunas normas.

A juicio de esta asociación, el articulado del proyecto de ley que se presenta, si bien hace una mención en la exposición de motivos, no contempla en el articulado el régimen jurídico específico de los servicios sociales o de atención a las personas, algo que se hace necesario, salvaguardando la competencia de las Comunidades Autónomas, en aras de establecer el marco general para los mismos así como una mayor claridad y seguridad jurídica en los procedimientos de adjudicación o financiación de este tipo de servicios.

Por todo ello, consideramos que deben recogerse en el anteproyecto las siguientes cuestiones fundamentales, que se concretan en el siguiente apartado en forma de enmiendas al articulado:

1. Proteger suficientemente la prestación de servicios de atención a las personas que no estén regidos por la contratación pública ordinaria, y por tanto se acojan a otros escenarios previstos en la Directiva Comunitaria.
2. Cuando inexorablemente deba haber contratación pública, establecer criterios que reconozcan y valoren las aportaciones del tercer sector o sector no lucrativo.

Se hacen asimismo algunas propuestas técnicas que se considera pueden contribuir a mejorar el articulado.

Asociación Española de Fundaciones
Febrero de 2017