



Informe 14/2013, de 28 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente)

Asunto: Contratas de gestión de servicios públicos. Especial referencia a la contratación de gestión de servicios sociales mediante concierto

ANTECEDENTES

I. La directora de la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre *"la modalidad de contratación de la gestión de servicios públicos mediante concierto prevista en el artículo 277.c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y, particularmente, en relación a los siguientes elementos de reflexión derivados de aquella opción:*

1. *Servicios sociales susceptibles de contratación.*
2. *Forma de adjudicación del contrato.*
3. *Entidades contratantes: posibles personas naturales o jurídicas con las que es posible efectuar la contratación; especial referencia a las eventuales posibilidades legales de discriminación positiva a favor de las entidades integrantes del denominado Tercer Sector Social en la contratación de servicios sociales de atención a las personas.*
4. *Forma de prestación del servicio contratado."*

Según se indica en la petición de informe, éste se solicita *"con la finalidad de disponer de todos los elementos necesarios para el análisis de la aplicación de determinadas medidas contempladas en el Plan de Apoyo al Tercer Sector Social"*. Asimismo, la petición adjunta unos documentos de trabajo sobre las previsiones normativas en materia de servicios sociales existentes en otras comunidades autónomas y otra documentación complementaria.

II. El artículo 4.1 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, establece que esta Junta informa sobre las cuestiones que, en materia de contratación, le sometan, entre otros, los departamentos de la Generalitat. Por otra parte, el artículo 11.3 del mismo Decreto atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los correspondientes informes.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. En primer lugar hay que señalar que, vista la referencia en el escrito de consulta a que ésta se efectúa con la finalidad última de aplicar determinadas medidas establecidas en el



Plan de apoyo al tercer sector social, puede entenderse que, eventualmente, el informe se solicita con vistas a la posible elaboración de un proyecto de ley de concertación de servicios sociales¹. Por este motivo, y con el fin de dar una visión tan amplia como sea posible a este efecto, el análisis de las cuestiones que se plantean se hará sobre la base de la normativa de servicios sociales y de contratación pública vigente, pero teniendo en cuenta, también y especialmente, el nuevo marco normativo comunitario que previsiblemente se aprobará este año y que alterará el régimen jurídico establecido actualmente por nuestro derecho interno.

II. Por otra parte, con carácter previo al análisis de las cuestiones que se plantean en el escrito de consulta, se considera necesario delimitar qué prestaciones hay que entender incluidas en el concepto "servicios sociales". Con esta finalidad, hay que tener en cuenta diversas disposiciones de la Ley catalana 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales, en la cual, sin embargo, no se define propiamente este concepto².

De acuerdo con esta Ley, el sistema de servicios sociales está formado por el conjunto de recursos, equipamientos, proyectos, programas y prestaciones de titularidad pública y privada destinados a la finalidad de asegurar el derecho de las personas a vivir dignamente durante todas las etapas de la vida, mediante la cobertura de sus necesidades personales básicas –definidas por la Ley como las propias de la subsistencia y la calidad de vida de cada persona– y de las necesidades sociales –definidas por la Ley como las que repercuten en la autonomía personal y el apoyo en la dependencia, en una mejor calidad de vida personal, familiar y de grupo, en las relaciones interpersonales y sociales y en el bienestar de la colectividad–, en el marco de la justicia social y del bienestar de las personas (artículos 2.1 y 3).

¹ El Plan de apoyo al tercer sector social, firmado el 17 de diciembre de 2012 por el Gobierno de la Generalitat con la Mesa de Entidades del Tercer Sector Social de Cataluña –disponible en la página web del Departamento de Bienestar Social y Familia de la Generalitat (www.gencat.cat/bsf)– prevé, entre la descripción de los compromisos adquiridos por el Gobierno y entre las medidas orientadas a la mejora de la suficiencia económica de las entidades del tercer sector, "consolidar la relación del tercer sector con la Administración en el ámbito de la contratación" y el estudio del impulso de un "proyecto de ley de concertación de servicios sociales" con la participación de la Mesa del Tercer Sector Social.

² Este concepto se encuentra definido en el Decreto 284/1996, de 23 de julio, de regulación del Sistema Catalán de Servicios Sociales, el cual, si bien desarrolla la norma con rango de Ley que regulaba esta materia antes de la entrada en vigor de la Ley 12/2007, de 11 de octubre, continúa vigente en todo aquello que no se oponga, en concreto, a esta Ley posterior. Así, el artículo 3 de este Decreto establece que "se entiende por servicio social toda actividad organizada que, mediante la intervención de personal preparado y con el apoyo de equipamientos y recursos adecuados, se orienta a prevenir la exclusión social y a promover la prestación de apoyo personal, de información, de atención y de ayuda a los ciudadanos, especialmente a las personas, las familias o los colectivos que, por razón de dificultades de desarrollo y de integración en la sociedad, falta de autonomía personal, disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales, problemas familiares o marginación social, son acreedores del esfuerzo colectivo y solidario".



Esta Ley también dispone que el sistema público de servicios sociales está formado por los servicios sociales de titularidad pública y los servicios de titularidad privada acreditados y concertados por la Administración de acuerdo con lo que establece la propia Ley (artículo 2.2) y, en concreto, por el conjunto de recursos, prestaciones, actividades, programas, proyectos y equipamientos destinados a la atención social de la población, de titularidad de la Administración de la Generalitat, de las entidades locales y de otras administraciones, y también los que la Administración concierte con las entidades de iniciativa social o privada (artículo 14).

Asimismo, esta Ley establece que los servicios sociales de titularidad pública garantizan la existencia y el desarrollo de las acciones básicas, y también la equidad territorial, que contribuyen a la justicia y al bienestar sociales (artículo 2.3); y que los servicios sociales de titularidad privada participan en la acción social mediante el cumplimiento de actividades y prestaciones de servicios sociales, de acuerdo con lo que establece esta Ley, bajo la inspección, el control y el registro de la Generalitat (artículo 2.4).

Por otra parte, el artículo 24 de la Ley dispone que el conjunto de prestaciones de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública se determina mediante la "cartera de servicios sociales", la cual tiene que incluir todas las prestaciones de servicios, económicas y tecnológicas del sistema público de servicios sociales³.

Actualmente, la cartera de servicios sociales vigente es la que aprueba el Decreto 142/2010, de 11 de octubre, en el cual se contiene, respecto de cada prestación incluida y entre otros aspectos, la descripción, el objeto, las funciones, la tipología, el establecimiento o equipo profesional que tiene que gestionarlo, los perfiles y los ratios de profesionales del equipo y los estándares de calidad. Con respecto a las prestaciones de servicios, se prevén servicios sociales básicos y servicios sociales especializados –para la infancia, la adolescencia y la juventud, para personas con dependencia, con discapacidad, drogodependencias y/o otras adicciones y para familias con problemática social y riesgo de exclusión social, entre otros–, tales como servicios de atención domiciliaria, residenciales, de comedores sociales, de asistencia personal, de orientación, de centros abiertos, de centros de día y de centros de acogimiento y socioeducativos, entre otros.

Por lo tanto, se puede entender que las cuestiones que se plantean en el escrito de consulta hacen referencia a estas prestaciones de servicios que conforman la cartera de servicios sociales. Esta delimitación es necesaria a efectos de la emisión de este informe ya que, como se verá, el régimen jurídico aplicable a la contratación de los "servicios sociales" puede variar en función de a qué servicios se esté haciendo referencia, de manera que sólo los "servicios sociales" que se encuentren incluidos en esta categoría según la delimitación hecha en la normativa comunitaria, podrán acogerse a los regímenes específicos que en ésta se prevé o, incluso, quedar fuera de su ámbito de aplicación.

³ La disposición transitoria quinta de la Ley establece que la elaboración de la primera cartera de servicios sociales tenía que tomar como base el Catálogo clasificado de servicios y prestaciones sociales del Sistema Catalán de Servicios Sociales, que se anexa a la Ley.



En este sentido, hay que señalar que la Comunicación de la Comisión Europea relativa a los Servicios sociales de interés general en la Unión Europea (COM(2006) 177 final), de 26 de abril de 2006, incluye en la categoría de servicios sociales, además de los servicios sanitarios y los sistemas legales y los complementarios de protección social que cubren los riesgos fundamentales de la vida, "los demás servicios esenciales prestados directamente a la persona", que ejercen una función de prevención y de cohesión social con la finalidad de facilitar la inclusión de las personas en la sociedad y garantizar la realización de suyos derechos fundamentales. De acuerdo con esta Comunicación, en estos servicios se incluyen: la ayuda a las personas para afrontar retos inmediatos de la vida o crisis (endeudamiento, desocupación, toxicomanía o ruptura familiar); las actividades destinadas a asegurar que las personas tengan las competencias necesarias para su inserción completa en la sociedad (rehabilitación o formación lingüística para inmigrantes) y, en particular, al mercado laboral (formación o reinserción profesional); las actividades destinadas a garantizar la inclusión de las personas con necesidades a largo plazo debidas a una discapacidad o un problema de salud; y la vivienda social, que permite un acceso a la vivienda a las personas con ingresos escasos⁴.

III. Asimismo, y también como premisa, se considera necesario recordar que los "servicios sociales" pueden ser objeto tanto de contratos de servicios, como de contratos de gestión de servicios públicos. Efectivamente, estos servicios se encuentran recogidos en el anexo II del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (de ahora en adelante, TRLCSP), en el que se contienen los servicios que son susceptibles de un contrato de servicios pero, también, estos servicios pueden ser objeto de un contrato de gestión de servicios públicos, cuándo cumplan los requisitos a que se hará referencia más adelante, al responder a la primera de las cuestiones que se plantean.

Así, tal como ya ha tenido ocasión de señalar esta Junta Consultiva, la calificación jurídica del contrato como uno u otro tipo está determinada por la asunción del riesgo de la explotación del servicio por parte del contratista, de manera que si la gestión del servicio social se efectúa a riesgo y ventura del contratista, el contrato recibe la calificación de

⁴ En relación con la aplicación de las normas comunitarias en el ámbito de los servicios sociales, hay que señalar que esta Comunicación recuerda que el Tratado de la Unión Europea reconoce la libertad de los Estados miembros para definir las misiones de interés general y establecer los correspondientes principios de organización para los servicios destinados a ejecutarlas pero que, no obstante, esta libertad tiene que ejercerse de forma transparente y sin abusar de la noción de interés general. Además, también se hace referencia a que, en el ejercicio de esta libertad, los estados miembros deben tener en cuenta el Derecho comunitario al determinar las modalidades de aplicación de los objetivos y los principios fijados de manera que, por ejemplo, "la organización de un servicio público requiere el respeto del principio de no discriminación y del derecho comunitario de contratos públicos y concesiones" y que, además, cuando se trata de servicios de carácter económico, también tiene que garantizarse la compatibilidad de sus modalidades de organización con otros ámbitos del derecho comunitario (en particular, la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento, y el derecho de competencia).



contrato de gestión de servicios público y, si no se da esta asunción del riesgo de la explotación por parte del contratista, el contrato tiene que recibir la calificación de servicio.⁵

En relación con esta doble posible calificación, así como con la necesidad de delimitar a qué servicios se hace referencia con el concepto de "servicios sociales" a efectos de determinar el régimen jurídico aplicable a su contratación, se puede apuntar ya ahora que la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión (COM(2011) 897 final)⁶, prevé un régimen jurídico específico para las concesiones relativas a "servicios sociales y otros servicios específicos" (artículo 17). De acuerdo con el anexo X de esta Propuesta de directiva, en relación con el Reglamento 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, en el cual se encuentra recogido actualmente el vocabulario común de contratos públicos (CPV), estos servicios son, entre otros, los "servicios sociales y de salud" entre los cuales se incluyen, con respecto a los primeros, los "servicios de asistencia social y servicios conexos", que, al mismo tiempo,

⁵ La distinción entre estas dos tipologías contractuales ha sido objeto de análisis por parte de esta Junta Consultiva, entre otros, en el Informe 11/2010, de 26 de noviembre de 2010, sobre la calificación de diversos contratos, en el cual se señalaba que la definición del contrato de concesión de servicios –el equivalente al de gestión de servicios públicos en nuestro derecho interno– se ha elaborado a partir de la jurisprudencia del TJUE el cual, en un principio, declaró que debían recibir esta calificación los contratos en los que la retribución del prestador de servicios no proviniera de la autoridad pública, sino que las cantidades fuesen abonadas por terceros; que posteriormente, esta afirmación ha sido matizada por el TJUE en el sentido que este elemento sólo es un indicio de que el adjudicatario del contrato es quien asume el riesgo de la explotación y es en relación con este criterio de asunción del riesgo de explotación sobre el cual el Tribunal ha puesto especial énfasis en las últimas sentencias a efectos de la distinción entre las dos modalidades contractuales; que el TJUE ha considerado que el riesgo de explotación no se produce cuando la Administración asume y se hace cargo de todo posible perjuicio que pueda causarse por una eventual irregularidad en la prestación del servicio, al no producirse una efectiva transmisión de los riesgos; y que la existencia de riesgo se ha vinculado al hecho de que sea el contratista adjudicatario quien se haga cargo de la gestión y de la organización del servicio.

De hecho, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado consideró, en el Informe 26/09, de 1 de febrero de 2010, la gestión de servicios sociales como un contrato de servicios –si bien el objeto de este informe era la determinación de la eventual exigencia de clasificación empresarial para estos contratos– y, en cambio, esta Junta Consultiva había calificado como contratos de gestión de servicios públicos los contratos de gestión de determinados servicios sociales, en el Informe 5/1998, de 30 de octubre, sobre los elementos definidores de los contratos de gestión de servicios públicos y de servicios –en aquel momento, lógicamente, sin recoger la evolución jurisprudencial del TJUE en relación con la asunción del riesgo por parte adjudicatario como criterio determinante.

⁶ Con esta Propuesta de directiva se regulan, por primera vez en el ámbito comunitario, los procedimientos de contratación de las concesiones de servicios –además de las de obras y de obras públicas–, que se definen como un contrato a título oneroso hecho por escrito entre uno o más operadores económicos y unos o más poderes o entidades adjudicadoras, cuyo objeto es la prestación de servicios diferentes de la ejecución de obras y la contrapartida de los cuales es únicamente el derecho, a explotar los servicios objeto del contrato, o este derecho en conjunción con un pago. Asimismo, tal como se señala en la exposición de motivos, la Propuesta "hace extensiva la aplicación del Derecho derivado a la adjudicación de contratos de concesión en el sector de los servicios públicos, que en la actualidad está exento de este tipo de legislación".



comprenden los "servicios de asistencia social" –con alojamiento (servicios de bienestar social) o sin (servicios de centros de día, reparto a domicilio de alimentos, servicios de orientación y asesoramiento, servicios de bienestar social no prestados por instituciones residenciales y servicios de rehabilitación)– y los "servicios sociales" –excluidos los "servicios sociales administrativos" y el "programa de acción municipal".

Así, las concesiones de estos servicios, si bien no se encuentran excluidas totalmente del ámbito de aplicación de la Propuesta de directiva, únicamente están sometidas al deber de publicar el anuncio para dar a conocer la intención de adjudicar una concesión de servicios sociales y el anuncio con el resultado del procedimiento de adjudicación de la concesión.

En relación con estos servicios, el considerando 21 de la Propuesta de directiva alude a los resultados de la evaluación realizada por la Comisión para la reforma de las normas de contratación pública, a la vista de los cuales "es procedente excluir de la plena aplicación de la presente Directiva únicamente aquellos servicios con menor dimensión transfronteriza, en particular los denominados servicios a la persona, como los de carácter social, sanitario o educativo", y a que estos servicios se prestan en el marco de un contexto particular que varía mucho según el estado miembro de que se trate, a causa de la existencia de diferentes tradiciones culturales.

En este sentido, también expone que " tiene que establecerse un régimen específico para la concesión de estos servicios que tenga en cuenta el hecho que se regulan por primera vez" y que "la obligación de publicar, en el caso de concesiones de un valor igual o superior a los umbrales establecidos en la presente Directiva (500.000€), un anuncio de información previa y un anuncio de adjudicación de la concesión, constituye una medida adecuada para informar a los posibles licitadores de las posibilidades económicas que se les ofrecen, y a todas las partes interesadas del número y tipo de contratos adjudicados".

Asimismo, hace referencia, en relación con la adjudicación de concesiones de tales servicios, a la necesidad de que los estados miembros establezcan las medidas adecuadas para garantizar el cumplimiento de los principios de transparencia e igualdad de trato de los operadores económicos, al mismo tiempo que para permitir que los poderes y entidades adjudicadoras se adapten a la especificidad de estos servicios, y que velen para que los poderes y entidades adjudicadoras tengan en cuenta la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de estos servicios, así como las necesidades específicas de las diferentes categorías de usuarios, la participación de los usuarios y la atribución de facultades que se les hace y la innovación.

Finalmente, el considerando 22 hace referencia a la importancia del contexto cultural y al carácter sensible de estos servicios, para afirmar que "los Estados miembros tienen que disponer de mayor discreción para seleccionar a los proveedores de los servicios de la manera que consideren más apropiada", y recuerda que "los estados miembros continúan siendo libres de prestar ellos mismos estos servicios o de organizarlos sin realizar concesiones, por ejemplo, a través de la simple financiación o de la concesión de licencias y autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan unas condiciones establecidas de antemano por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, sin imponer



límites o cuotas y siempre que se garantice una publicidad suficiente y se respeten los principios de transparencia y no discriminación"⁷.

Por otra parte, la vigente Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, incluye los "servicios sociales y de salud" –que comprenden los mismos servicios que la Propuesta de directiva a que se acaba de hacer referencia– entre los contratos de servicios de su anexo II B, que tienen un régimen de sujeción al derecho comunitario de contratos mucho más laxo que el resto de contratos de servicios ya que, de acuerdo con el artículo 21 de la misma Directiva, su adjudicación sólo está sujeta a las normas relativas a las especificaciones técnicas (artículo 23) y al deber de publicación del anuncio sobre el resultado del procedimiento de adjudicación (artículo 35.4).

Cómo ya es sabido, la transposición de este régimen diferenciado para determinados servicios se ha llevado a término en nuestro derecho interno con el establecimiento en el TRLCSP de un régimen para estos contratos –previstos en las categorías 17 a 27 de su anexo II– igual que el del resto de contratos de servicios, cuando su valor estimado sea inferior al umbral comunitario (200.000€) y con algunas especificidades cuando su valor estimado supere este umbral –aunque estos contratos no tienen nunca el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada–, básicamente, respecto a la sujeción de las normas para el establecimiento de las prescripciones técnicas y a su inclusión en el ámbito de aplicación de las cuestiones de nulidad y del recurso especial en material de contratación.

Por su parte, la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública (COM(2011) 896 final)⁸, que sustituirá en breve la Directiva 2004/18/CE, incorpora también novedades en relación con estos servicios –que habrá que esperar a ver cómo se transponen a nuestro derecho interno–, ya que suprime la tradicional distinción entre los servicios denominados prioritarios y no prioritarios (servicios "A" y "B") porque, tal como señala en la exposición de motivos, "los resultados de la evaluación han

⁷ En este sentido, ya la Comunicación de la Comisión sobre servicios sociales de interés general en la Unión Europea, a la que se ha hecho referencia anteriormente, recogía las "situaciones más frecuentes" siguientes: atribución de la "misión social" a un socio privado, con el consiguiente deber de respetar, como mínimo, los principios de transparencia, igualdad de trato y proporcionalidad, así como las obligaciones impuestas por las directivas de contratos públicos, o gestión de los servicios sociales en el marco de una colaboración público privada; recurrir a una compensación financiera pública de las cargas derivadas de la realización de una misión social de interés general mediante un organismo externo, destinada a equilibrar las cargas por la realización de la misión; y regulación del funcionamiento del mercado para garantizar la realización de objetivos de interés general en caso de que operadores privados presten servicios sociales –por ejemplo, estableciendo la obligación de disponer de una autorización para prestar un servicio social–, teniendo que respetar el derecho comunitario y, especialmente, las normas y principios generales del Tratado relativos a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento.

⁸ Esta Propuesta, según se señala en la exposición de motivos, tiene entre sus objetivos "*Permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes como (...) la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles*".



mostrado que ya no está justificado restringir la aplicación plena de la legislación sobre contratación a un grupo limitado de servicios". No obstante, la Propuesta de directiva continúa manteniendo un régimen jurídico diferenciado para los servicios sociales dado que, como también se indica en la exposición de motivos, "se observó también con claridad que el régimen general de contratación no se adapta a los servicios sociales, que necesitan de un conjunto de normas específico"⁹.

En este sentido, y en la misma línea que la Propuesta de directiva de concesiones, en el considerando 11 de esta Propuesta se hace referencia a los "servicios a la persona, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos" indicando que el régimen específico para los contratos públicos relativos a estos servicios, que estén por encima del umbral de 500.000€, tienen que estar sujetos a normas de transparencia en toda la Unión; que "tiene que ofrecerse en los Estados miembros un amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores de los servicios de la manera que consideren más oportuna"; y que "los preceptos de la presente Directiva tienen en cuenta este imperativo al imponer sólo el cumplimiento de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato y al asegurar que los poderes adjudicadores puedan aplicar, para la elección de los proveedores de servicios, criterios de calidad específicos."

Además, también se recuerda en esta Propuesta de directiva la libertad de los estados miembros y de los poderes públicos para prestar por ellos mismos estos servicios u organizarlos de manera que no sea necesario suscribir contratos públicos, mediante su financiación o la concesión de licencias o autorizaciones, siempre garantizando una publicidad suficiente y el respeto a los principios de transparencia y no discriminación.

Este régimen de contratación particular para los "servicios sociales y otros servicios específicos" –que comprenden los mismos servicios para los que la Propuesta de directiva de concesiones también prevé un régimen específico, a los que ya se ha hecho referencia–, incluye: el deber de publicar anuncios de licitación y de adjudicación (artículo 75); un mandato a los legisladores nacionales para que establezcan procedimientos de adjudicación adecuados para "garantizar el pleno cumplimiento de los principios de transparencia e igualdad de trato de los operadores económicos y permitir a los poderes adjudicadores tener en cuenta las especificidades de los servicios en cuestión" y para que velen "por que los poderes adjudicadores puedan tener en cuenta la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, las necesidades específicas de las diferentes categorías de usuarios, la implicación y la

⁹ La exposición de motivos de esta Propuesta señala también –en unos términos muy similares a los de la Propuesta de directiva de concesiones– que la evaluación del impacto y la eficacia de la legislación sobre contratación pública de la UE ha puesto de manifiesto que los servicios sociales, de salud y de educación, tienen características específicas que hacen que la aplicación de los procedimientos habituales para la adjudicación de contratos públicos de servicios resulte inadecuada en estos casos; que estos servicios se prestan normalmente en un contexto específico que varía mucho de un estado miembro en otro, a causa de la existencia de diferentes circunstancias administrativas, organizativas y culturales, de manera que tienen, por naturaleza, una dimensión transfronteriza muy limitada; y que, por lo tanto, "los Estados miembros tienen que disponer de amplias facultades discrecionales para organizar la elección de los proveedores de servicios".



responsabilización de los usuarios y la innovación"; y la posibilidad de que los estados miembros dispongan que la elección del prestador de servicios no se haga únicamente sobre la base del precio de la prestación del servicio (artículo 76).

IV. Una vez delimitado el concepto de "servicios sociales" y vistas las diferentes posibilidades que el marco jurídico comunitario, actual y futuro, ofrece, hay que dar respuesta a las cuestiones planteadas por la directora de la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública, partiendo, en primer lugar, de la regulación sobre los contratos de gestión de servicios públicos contenida en el TRLCSP, dado que la tipología contractual de gestión de servicios públicos no se encuentra regulada en el ámbito comunitario en la normativa europea de contratos vigente¹⁰.

1. Con respecto a la primera de las cuestiones que se plantean, relativa a qué servicios sociales son susceptibles de contratación mediante concierto, hay que señalar que lo son, de acuerdo con lo que disponen los artículos 8.1, 132 y 275 del TRLCSP, los servicios cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares y que no impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, y respecto de los cuales se haya establecido el régimen jurídico que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia; atribuya las competencias administrativas; determine el alcance de las prestaciones a favor de los administrados y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio¹¹.

En el ámbito de la Generalitat de Catalunya este régimen jurídico es el establecido por la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales, anteriormente mencionada, y por su normativa de desarrollo –fundamentalmente, a efectos de lo que ahora interesa, por el Decreto 142/2010, de 11 de octubre, por el que se aprueba la Cartera de Servicios Sociales 2010-2011, y por el Decreto 284/1996, de 23 de julio, de regulación del Sistema Catalán de Servicios Sociales, ambos también mencionados. Efectivamente, el artículo 27 de la Ley 12/2007, de 11 de octubre, dispone que "la Administración de la Generalitat, los municipios y los otros entes locales de Cataluña son las administraciones competentes en materia de

¹⁰ Así, si bien la vigente Directiva 2004/18/CE, ya mencionada, define las "concesiones de servicios" como contratos de las mismas características que los de servicios con la excepción de que la contrapartida de la prestación consiste en el derecho a explotar el servicio o en este derecho acompañado de un precio (artículo 1.4), también las excluye de su ámbito de aplicación (artículo 17). No obstante, hay que recordar que a estos contratos les resultan de aplicación los principios de la contratación que derivan del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, tal como señala la Comisión Europea en la Comunicación interpretativa sobre el derecho comunitario aplicable a la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02).

¹¹ Estos requisitos que deben concurrir a fin de que un servicio pueda ser objeto de un contrato de gestión de servicios públicos, han sido bastante analizados por ésta y otras juntas consultivas. Por lo que se refiere, en concreto, al concepto "de ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos", ha sido analizado en el Informe 8/2009, de 3 de julio, de la Comisión Permanente de esta Junta.



servicios sociales", y los artículos 28 y siguientes concretan las competencias correspondientes a cada administración territorial; mientras que el alcance de las prestaciones y los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación de los servicios sociales se regulan tanto en esta misma Ley, como en los decretos 142/2010, de 11 de octubre, y 284/1996, de 23 de julio.

Por tanto, todos los servicios que cumplan estos requisitos establecidos en la normativa de contratos del sector público, entre ellos los "servicios sociales" a que se ha hecho referencia en las consideraciones jurídicas anteriores, pueden ser objeto de un contrato de gestión de servicios públicos mediante concierto. Además, hay que señalar que, si bien alguna regulación jurídica en materia de servicios sociales ha establecido un régimen jurídico diferenciado para determinados servicios sociales¹², este hecho no necesariamente está motivado en que estos servicios no sean susceptibles de un contrato de gestión de servicios públicos, de acuerdo con la normativa de contratación pública.

2. En relación con la cuestión relativa a la "forma de adjudicación" de los contratos, y dado que no se prevén actualmente en la normativa de contratación pública diferentes "formas" de adjudicación de los contratos del sector público –a diferencia de lo que sucedía con la normativa anterior¹³–, puede entenderse que lo que se plantea es si la adjudicación de gestión de servicios públicos mediante concierto procede teniendo en cuenta sólo un criterio de adjudicación –el precio– o diversos; o bien, cuáles son los procedimientos mediante los

¹² Por ejemplo, la Ley del País Vasco 12/2008, de 5 de diciembre, de servicios sociales, prevé un "régimen de concierto diferenciado de la modalidad contractual de concierto regulada en la normativa de contratación de las administraciones públicas" para "la reserva y ocupación de plazas" y "la gestión integral de prestaciones, servicios o centros" por parte de entidades de iniciativa privada –tanto de iniciativa social como mercantil–, en el marco del cual se prevé el sostenimiento con fondos públicos de los servicios incluidos en el Catálogo de Prestaciones y Servicios del Sistema Vasco de Servicios Sociales prestados por las entidades mencionadas (artículos 61 y 62). En unos términos similares, la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de servicios sociales de Castilla-La Mancha, después de prever la posibilidad de colaborar con la iniciativa privada, para la provisión de prestaciones de carácter público, mediante cualquier figura prevista en el ordenamiento jurídico (artículo 28.2); la posibilidad de utilizar cualquiera de las fórmulas de gestión indirecta o colaboración, previstas en el ordenamiento jurídico, para la provisión de prestaciones del sistema público de servicios sociales a través de entidades privadas de carácter social o mercantil (artículo 40); y la posibilidad de encomendar a entidades privadas la provisión o gestión de las prestaciones mencionadas "mediante concierto, convenio o contrato" –en función de la actividad a contratar o la provisión de servicios de que se trate– (artículo 42.1); dispone expresamente que "a los efectos de la concertación de plazas o la provisión de determinadas prestaciones, en el marco de lo que establece la presente Ley, el Consejo de Gobierno establecerá un régimen jurídico especial, atendiendo a las específicas condiciones de la prestación de los servicios sociales (...)" (artículo 42.3).

¹³ El Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, preveía como "formas de adjudicación" de los contratos la subasta –en la cual se adjudicaba el contrato al licitador que ofertara el precio más bajo– y el concurso –en el cual se adjudicaba el contrato al licitador que hiciera la proposición más ventajosa en su conjunto teniendo en cuenta los criterios de adjudicación establecidos y sin atender sólo el precio.



que pueden adjudicarse estos contratos; o, incluso, la propia sujeción a la normativa de contratación pública de los servicios sociales.

Con respecto al primero de los supuestos a que parece poder referirse la consulta, únicamente hay que recordar que el artículo 150 del TRLCSP –después de disponer, entre otras previsiones, que los criterios de adjudicación para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa tienen que estar vinculados directamente al objeto del contrato; que tiene que determinarlas el órgano de contratación dando preponderancia a los que sean de valoración objetiva o automática; y que tienen que detallarse en el anuncio, en los pliegos o en el documento descriptivo– establece expresamente que la valoración de más de un criterio es procedente, en particular, en la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos (apartado 3.e). Por lo tanto, la adjudicación de esta tipología contractual no puede efectuarse teniendo en cuenta exclusivamente el criterio precio.

Con respecto al segundo de los supuestos hay que indicar que, al margen de la posibilidad de utilizar, lógicamente, los procedimientos ordinarios de adjudicación de los contratos del sector público –el procedimiento abierto y el restringido–, el mismo TRLCSP prevé la utilización del procedimiento negociado por estos tipos de contratos en determinados supuestos. En concreto, el artículo 172 del TRLCSP establece que, además de los supuestos generales que habilitan para adjudicar contratos mediante este procedimiento¹⁴, se puede acudir al procedimiento negociado para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos en los casos siguientes: a) Cuando se trate de servicios públicos respecto de los que no sea posible promover concurrencia en la oferta; b) Los de gestión de servicios cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento se prevea inferior a 500.000 euros y su plazo de duración sea inferior a cinco años –en estos casos, de acuerdo con el artículo 177 del TRLCSP, hay que publicar un anuncio de licitación cuando el valor estimado del contrato

¹⁴ Previstos en el artículo 170 del TRLCSP: a) cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo seguidos previamente sean irregulares o inaceptables por haberse presentado por empresarios sin aptitud, por incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones de trabajo, por infringir las condiciones para la presentación de variantes o mejoras, o por incluir valores anormales o desproporcionados, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato; b) en casos excepcionales, cuándo se trate de contratos en los que, en razón de sus características o de los riesgos que comporten, no pueda determinarse previamente el precio global; c) cuando, después de haber seguido un procedimiento abierto o restringido, no se haya presentado ninguna oferta o candidatura, o las ofertas no sean adecuadas, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente; d) cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva, el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado; e) cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables a éste, demande una ejecución rápida del contrato que no pueda conseguirse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia; f) cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado, o cuando su ejecución tenga que ir acompañada de medidas de seguridad especiales de conformidad con la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado; g) cuando se trate de contratos incluidos en el ámbito del artículo 346 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.



sea superior a 60.000 euros; c) Los relativos a la prestación de asistencia sanitaria concertados con medios ajenos, derivados de un convenio de colaboración entre las administraciones públicas o de un contrato marco, siempre que éste haya sido adjudicado con sujeción a las normas de esta Ley.

Por lo tanto, la "forma de adjudicar" los conciertos sobre servicios sociales a que se refiere el escrito de consulta, de acuerdo con las actuales previsiones de la normativa estatal básica, es mediante procedimientos abiertos, restringidos o, cuando concurren las causas habilitantes a que se acaba de hacer referencia, negociados –con o sin publicidad–, y con el establecimiento, necesariamente, de diversos criterios de adjudicación.

En este sentido, hay que entender de acuerdo con este régimen las previsiones contenidas en la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales, sobre la posibilidad de las entidades de iniciativa privada de gestionar servicios sociales de titularidad pública "mediante el establecimiento del contrato correspondiente con la administración competente" y sobre que "la contratación de servicios sociales por la Administración se rige por los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación, de acuerdo con la normativa de contratos de las administraciones públicas" (artículo 75). Asimismo, también tienen que entenderse de una manera conforme con las disposiciones vigentes de la normativa de contratación pública, las previsiones contenidas en el Decreto 284/1996, de 23 de julio, ya mencionado, relativas a la colaboración con la iniciativa privada mediante, entre otros, "la contratación de gestión de servicios públicos en las modalidades previstas en el ordenamiento de contratos de las administraciones públicas" (artículo 35); "el establecimiento de conciertos en aplicación de lo previsto en el ordenamiento sobre contratos de las administraciones públicas" con entidades privadas (artículo 36); y la colaboración en la gestión de los servicios sociales por parte de entidades privadas "mediante cualquiera de las modalidades de gestión de servicios públicos previstas en la normativa vigente" (artículo 46).¹⁵

No obstante este régimen jurídico ahora vigente, como ya se ha adelantado, el nuevo paquete legislativo comunitario expuesto en la consideración jurídica anterior, podrá suponer, en función de cómo sea transpuesto en nuestro derecho interno, la flexibilización de los procedimientos para la contratación de este tipo de servicios.

Además, se considera necesario señalar que el eventual establecimiento de un sistema de concertación específico para los servicios sociales en qué se considerara procedente – consistente, por ejemplo, en una primera fase de "selección" o "habilitación" de las entidades de iniciativa privada de acuerdo con los criterios objetivos previamente determinados que garantizaran la "solvencia" de las entidades necesaria para prestar los servicios sociales respectivos, y en una segunda fase propiamente de concertación de la gestión y prestación

¹⁵ En este mismo sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de las Islas Baleares en el Informe 1/2011, de 18 de abril, sobre el Proyecto de decreto por el cual se establecen los criterios y los principios generales para la concertación de servicios en el ámbito público de servicios sociales, en el cual informa desfavorablemente el Proyecto mencionado para vulnerar la regulación del procedimiento de contratación previsto para los contratos de gestión de servicios públicos en la normativa de contratación pública.



de los servicios–, debería diseñarse, en todo caso, con pleno respeto a los principios y la normativa que rigen la contratación pública¹⁶.

En relación con la cuestión de si los servicios sociales se encuentran sometidos a la normativa de contratación pública debe reiterarse la posibilidad, de acuerdo con la normativa comunitaria, de que la organización de la prestación de estos servicios se lleve a cabo mediante instrumentos ajenos a la contratación pública. Ciertamente, como se ha indicado en la consideración jurídica anterior, las propuestas de directivas de concesiones y de contratación pública, si bien incluyen en sus respectivos ámbitos de aplicación los servicios sociales a los que también se ha hecho referencia anteriormente, recuerdan que los estados miembros "continúan" siendo libres de organizarlos, realizar concesiones o suscribir contratos públicos, por ejemplo, a través de la simple financiación o de la concesión de licencias y autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan unas condiciones establecidas previamente, siempre que se garantice una publicidad suficiente y se respeten los principios de transparencia y no discriminación¹⁷.

¹⁶ Un sistema similar se prevé en el Decreto por el cual se crea el Sistema Sanitario Integral de Utilización Pública de Cataluña (SISCAT), cuyo Proyecto fue objeto del Informe 7/2010, de 28 de julio, del Pleno de esta Junta Consultiva, en el cual ya se recordaba la sujeción de los contratos de gestión de servicios públicos a los principios derivados del derecho comunitario –a pesar de su exclusión del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria de contratos públicos–, a la que ya se ha aludido en este informe. En este informe, además, se señalaba también que las previsiones de naturaleza contractual previstas en el proyecto de Decreto que se analizaba, sólo eran conformes a los principios comunitarios sobre contratación y, por extensión, a la normativa de contratos, si se garantizaba la libre concurrencia y se respetaban los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia, tanto en la fase de "selección" de las entidades –acceso a las diferentes redes asistenciales, en aquel caso–, como en la de "adjudicación" de los contratos concretos. También las leyes de servicios sociales de Castilla-La Mancha y del País Vasco, prevén un sistema de concertación específico con entidades privadas para determinados servicios, a los que ya se ha hecho referencia anteriormente. Con respecto a la primera, el Decreto 30/2013, de 6 de junio, establece el régimen jurídico específico en relación con los servicios de atención domiciliaria, en el cual se remite a la normativa de contratos del sector público para su gestión indirecta. En cambio, la concreción del sistema de la Ley del País Vasco mediante el Proyecto de decreto por el cual se regula el régimen de concierto del sistema vasco de los servicios sociales –que no ha llegado a aprobarse–, fue objeto de Dictamen por parte del Consejo Económico y Social Vasco, en fecha 29 de junio de 2012, en el cual se remarca, entre otros, la incompatibilidad de algunas de sus previsiones con los principios de igualdad de trato, no discriminación y libre competencia, por favorecer "excesivamente" la participación de las entidades sin ánimo de lucro respecto de las de naturaleza mercantil.

¹⁷ Ésta es la opción que adopta la Región de Lombardía mediante la Ley nº. 39, de 11 de abril de 1980, sobre organización y funcionamiento de las unidades sociosanitarias locales, la aplicación de la cual dio lugar a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 17 de junio de 1997 (asunto C-70/95, *Sodemare SA y otros vs. Regione Lombardia*). Ciertamente, esta Ley hace referencia a un sistema de "concierto" –en unos términos no coincidentes con el concepto de concierto previsto en nuestra normativa de contratación pública– consistente en el reembolso por parte de las autoridades públicas de los costes de servicios de asistencia social prestados por operadores privados, habilitados previamente a este efecto. En relación con este sistema hay que señalar que el TJUE lo consideró conforme con las disposiciones del Tratado Constitutivo de la Unión



Por lo tanto, de acuerdo con el marco normativo comunitario, una eventual futura ley de concertación de servicios sociales podría establecer, para determinadas prestaciones de servicios sociales en que se considerara adecuado, un sistema de organización alternativo en los mecanismos establecidos por la normativa en materia de contratación pública.

3. El tercer punto de la consulta hace referencia a las "entidades contratantes" y, en concreto, a cuáles son las personas naturales o jurídicas con las que es posible contratar y a las "eventuales posibilidades legales de discriminación positiva a favor de las entidades integrantes del denominado Tercer Sector Social en la contratación de servicios sociales de atención a las personas".

Con respecto a la primera parte de la cuestión, hay que señalar que el régimen de aptitud para contratar con el sector público la gestión de servicios públicos en general, y la de servicios sociales en particular, no difiere del establecido con carácter general para todos los contratos del sector público incluidos en el ámbito de aplicación del TRLCSP, en los artículos 54 y siguientes del mismo TRLCSP. Por lo tanto, desde el punto de vista de la normativa de contratos del sector público, es posible contratar con las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar; no estén incurso en una prohibición de contratar; acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que sea exigible, estén debidamente clasificadas; dispongan de la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para llevar a cabo la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; y, en el caso de las personas jurídicas, que las finalidades, el objeto o el ámbito de actividad que les sean propios, de acuerdo con sus estatutos o reglas fundacionales, comprendan las prestaciones de los contratos correspondientes.

Por su parte, la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales, dispone que la iniciativa privada en materia de servicios sociales puede ser ejercida por entidades de iniciativa social –definidas por la misma Ley como las fundaciones, asociaciones, cooperativas, organizaciones de voluntariado y las otras entidades e instituciones sin ánimo de lucro que cumplen actividades de servicios sociales– y por entidades de iniciativa mercantil –definidas como las personas jurídicas y las otras entidades privadas con ánimo de lucro que cumplen actividades de servicios sociales y que adoptan cualquier forma societaria reconocida por la legislación mercantil– (artículo 69). Asimismo, establece el régimen específico de aptitud y los requisitos que tienen que cumplir las entidades de iniciativa privada para poder prestar servicios sociales (artículos 70 y siguientes). Además, dispone que las entidades de iniciativa social y las entidades de iniciativa mercantil que hayan obtenido la correspondiente acreditación tienen la consideración de entidades prestamistas de servicios sociales a efectos de esta Ley y, como tales, pueden gestionar servicios sociales de titularidad pública, mediante el establecimiento del contrato correspondiente con la administración competente y pasan a formar parte de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública (artículo 75).

Europea a pesar de permitir únicamente a los operadores privados sin ánimo de lucro la suscripción de los conciertos que dan derecho al reembolso mencionado.



Sin embargo, una eventual futura ley de concertación de servicios sociales podría establecer un régimen diferente de "homologación" de las entidades de iniciativa privada con el fin de considerarlas aptas para gestionar y prestar los servicios mencionados, en el que se establecieran unas condiciones o requisitos complementarios o adicionales a los previstos en el régimen de aptitud para contratar con el sector público –establecido, con carácter general y de normativa básica, en la normativa de contratación pública– y respetuosos, especialmente, con los principios de igualdad de trato y no discriminación. En todo caso, la determinación de los requisitos y circunstancias que sería procedente o recomendable exigir en este eventual nuevo régimen no corresponde a ésta Junta Consultiva efectuarla, ya que excede su ámbito competencial y material.

Con respecto a la cuestión relativa a la posibilidad de establecer "medidas de discriminación positiva" a favor de las entidades integrantes del denominado tercer sector social en la contratación de servicios sociales de atención a las personas, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que la propia Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales, ya prevé, en el artículo 75.4, las siguientes medidas:

- Posibilidad de establecer, por reglamento y en función de la naturaleza del servicio, "criterios de valoración especial" con respecto a las entidades de iniciativa social y las entidades de servicios sociales acreditadas.
- Especialmente, posibilidad que los pliegos de cláusulas den preferencia en la adjudicación de contratos, en condiciones análogas, a las proposiciones presentadas por empresas que ocupen personas con discapacidad reconocida o con riesgo de exclusión social o que inviertan los beneficios en finalidades de atención social.
- Posibilitado de dar preferencia, también en condiciones análogas, en la adjudicación de los contratos y en el establecimiento de los conciertos, a entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, cuya finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, de acuerdo con sus estatutos o normas fundacionales, y que estén inscritas en el registro oficial correspondiente, de acuerdo con los supuestos que establece la normativa de contratación administrativa.¹⁸

Puede entenderse que estas medidas constituyen concreciones establecidas por la propia Ley de servicios sociales del deber, que establece en el artículo 78.2, de la Administración de la Generalitat y de los entes locales de fomentar de una manera preferente la participación de las entidades sin ánimo de lucro en el cumplimiento de actividades de servicios sociales¹⁹.

¹⁸ La previsión de medidas de discriminación positiva a favor de entidades no lucrativas también se contiene, por ejemplo, en la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de servicios sociales del País Vasco, a efectos del establecimiento de conciertos y también circunscritas a supuestos en qué existan "análogas condiciones".

¹⁹ Son múltiples las referencias, tanto en la normativa estatal como autonómica, al fomento de las entidades del tercer sector en el acceso a la gestión de servicios sociales. Así, por ejemplo, también la Ley estatal 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las



En todo caso, y en el mismo orden de consideraciones que se han ido efectuando en este Informe en relación con la participación de entidades de iniciativa privada en la prestación de los servicios sociales, relativas a la necesidad de respetar la normativa de contratación pública cuando ésta se vehicula por la vía de contratos suscritos por la administración pública, hay que reiterar que la aplicación de las medidas de discriminación positiva que se prevén en la legislación de servicios sociales tiene que efectuarse siempre de acuerdo con la normativa de contratos del sector público.

Ésta es también la opinión de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, la cual ha manifestado²⁰ que la aplicación en el ámbito de los contratos de gestión de servicios públicos de los principios de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, y, en particular, el relativo a "la participación del tercer sector en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia", previsto en el artículo 3.n, tiene que realizarse de forma compatible con los preceptos que regulan la contratación de las administraciones públicas en general, y los del contrato de gestión de servicios públicos en particular.

Por lo tanto, de conformidad con el marco jurídico vigente en materia de contratación pública, y con independencia que la inminente revisión de éste en el ámbito comunitario pueda dar lugar a otras medidas en función de cómo se lleve a cabo la transposición en nuestro derecho interno, tal como se ha expuesto en la consideración jurídica anterior, las "medidas de discriminación positiva" en favor de las entidades del tercer sector pueden consistir en las siguientes²¹:

- Posibilidad de establecer como criterios de adjudicación en los contratos que tengan por objeto servicios sociales, de acuerdo con el artículo 150 del TRLCSP, las características vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las

personas en situación de dependencia, después de prever que las prestaciones y servicios que establece se integran en la Red de Servicios Sociales de las respectivas comunidades autónomas; y que la red de centros estará formada por los centros públicos de las comunidades autónomas, de las entidades locales, por los centros de referencia estatal y por los privados concertados debidamente acreditados; dispone expresamente que las comunidades autónomas tienen que establecer el régimen jurídico y las condiciones de actuación de los centros privados concertados y que "en su incorporación en la red se tendrá en cuenta de manera especial los correspondientes al tercer sector" (artículo 16).

²⁰ Informe 1/2012, de 20 de noviembre, sobre la aplicación de preferencias a favor de empresas vinculadas con la atención de personas en situación de dependencia o de reservas de contrato, además de la establecida en la disposición adicional séptima, y la prestación de servicios sociales mediante convenio de colaboración.

²¹ En relación con la inclusión de cláusulas contractuales de carácter social en la contratación pública, ved la [Guía](#) aprobada por el Pleno de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa (disponible en la página web www.gencat.cat/economia/jcca).



categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar.

Esta posibilidad hay que ponerla en relación con la necesidad que los contratos de gestión de servicios públicos se adjudiquen teniendo en cuenta más de un criterio –y, por lo tanto, no en atención exclusivamente al precio–, como instrumento con potencial para la inclusión de consideraciones de carácter social en la adjudicación de los contratos que nos ocupan.

- Posibilidad de establecer, de acuerdo con la disposición adicional cuarta del TRLCSP, relativa a la contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro, un criterio de adjudicación adicional, aplicable en casos de empate, a favor de empresas que ocupen personas con discapacidad, de empresas de inserción y de empresas sin ánimo de lucro²².
- Además, si bien no constituye propiamente una "medida de discriminación positiva" a favor de las entidades integrantes del llamado tercer sector social en la contratación de servicios sociales, hay que señalar también la posibilidad, prevista en el artículo 118 del TRLCSP, de establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato –siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato– referidas a consideraciones de tipo social.

En definitiva, se observa que las medidas previstas en la propia Ley catalana de servicios sociales coinciden con las que pueden establecerse actualmente, de conformidad con el marco jurídico de contratación pública vigente.

En todo caso, conviene tener en cuenta que, mientras no se lleve a cabo un cambio normativo que, eventualmente, flexibilice este régimen jurídico en el marco de las posibilidades previstas en las propuestas de directivas a qué se ha hecho referencia en consideraciones jurídicas anteriores, la normativa específica en materia de servicios sociales podría dar un carácter vinculante a las medidas que el TRLCSP establece con carácter potestativo, a fin de que su virtualidad en el fomento de la participación de las entidades de iniciativa social en el cumplimiento de actividades de servicios sociales fuera más significativa. Asimismo, debe insistirse también en el hecho de que, tanto las medidas que se prevean de acuerdo con el régimen jurídico vigente, como las que eventualmente se puedan prever en el marco de un nuevo régimen jurídico aprobado conforme al nuevo

²² Por lo que se refiere específicamente a las entidades sin ánimo de lucro, el apartado 4 de esta disposición prevé que los órganos de contratación pueden señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, la preferencia en la adjudicación para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y estén inscritas en el registro oficial correspondiente, y que estas proposiciones iguallen en sus términos las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación.



paquete legislativo comunitario, tienen que ser siempre respetuosas con los principios de publicidad y de transparencia y con el deber de no discriminación entre las diferentes entidades de iniciativa privada.

Finalmente, también se considera necesario recordar el criterio manifestado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el Informe 1/2012, de 20 de noviembre, ya mencionado, de considerar inadmisibles el establecimiento de una reserva de determinados contratos para entidades del tercer sector, vista la inexistencia de una previsión expresa sobre este punto en el TRLCSP –a diferencia de lo que sucede con la reserva a centros especiales de trabajo prevista en la disposición adicional quinta del TRLCSP la cual, a juicio de aquella Junta Consultiva, constituye una excepción al régimen de licitación con carácter general para los contratos de las administraciones públicas y, como a tal excepción, es objeto de regulación expresa en el TRLCSP. Además, en este informe vuelve a señalarse que la posibilidad de recurrir a convenios de colaboración, en este caso para la prestación de servicios sociales, está sujeto al requisito previsto en el artículo 4.1.d del TRLCSP de que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en el propio TRLCSP o en normas administrativas especiales.

4. Para dar respuesta a la última de las cuestiones planteadas, sobre la "forma de prestación del servicio contratado", hay que estar a lo que disponen los artículos 279 y siguientes del TRLCSP, relativos a la ejecución del contrato de gestión de servicios públicos. Así, de acuerdo con estos preceptos, el contratista está obligado a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características que establece el contrato y dentro de los plazos que señala y, en su caso, a la ejecución de las obras de conformidad con el proyecto aprobado por el órgano de contratación y, en todo caso, la Administración debe conservar los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate.

Además, y con carácter general, los contratistas tienen obligación de prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que se hayan establecido y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas; cuidar del buen orden del servicio; indemnizar por los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración; y respetar el principio de no discriminación en razón de nacionalidad, respecto de las empresas de estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre contratación pública de la Organización Mundial del Comercio, en los contratos de suministro consecuencia del de gestión de servicios públicos. Como contrapartida, los contratistas tienen derecho a las contraprestaciones económicas que prevea el contrato –que tienen que revisarse, en su caso, de la forma que se establezca–, entre las cuales debe incluirse, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización, que se perciba directamente de los usuarios o de la Administración –en función de si los servicios sociales están sujetos o no a contraprestación por parte de los usuarios.



En todo caso, además del cumplimiento de éstos disposiciones en materia de contratación pública sobre la ejecución de los contratos de gestión de servicios públicos, hay que respetar también, lógicamente, el régimen jurídico aplicable a la prestación de los servicios sociales establecido por la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales, y su normativa de desarrollo, a la que se ha hecho referencia anteriormente, así como, en su caso, por la normativa específica de cada servicio o prestación. Nuevamente, hay que señalar que la determinación de las condiciones y exigencias que sería procedente o recomendable exigir para la ejecución de estos contratos y que, eventualmente, se podrían prever en una futura nueva Ley de concertación de servicios sociales, no corresponde efectuarla, por exceder de su ámbito competencial y material, a esta Junta Consultiva.

Además, en relación con la ejecución de estos contratos, debe insistirse en la necesidad que la gestión del servicio social se efectúe a riesgo y ventura del contratista, con el fin de considerarlos como contratos de gestión de servicios públicos, de manera que si no se da esta asunción del riesgo de la explotación por parte del contratista, el contrato tiene que recibir la calificación de servicio, tal como ya se ha señalado en la consideración jurídica III de este Informe.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula las siguientes

CONCLUSIONES

1. Las propuestas de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativas a la adjudicación de contratos de concesión y a la contratación pública establecen unos regímenes jurídicos específicos para la concesión y la contratación de los "servicios sociales y otros servicios específicos", los cuales pueden permitir, en función de cómo se lleve a cabo su transposición a nuestro derecho interno, la flexibilización de la contratación de los servicios sociales.
2. La participación de las entidades de iniciativa privada en la gestión de servicios sociales de titularidad pública, por la vía del establecimiento de contratos de gestión de servicios públicos en la modalidad de concierto, tiene que hacerse de acuerdo con las disposiciones vigentes en materia de contratos del sector público y, en todo caso, con pleno respeto de los principios comunitarios que rigen la contratación pública, especialmente los de publicidad, de igualdad de trato y de no discriminación.
3. Las medidas de fomento de la participación de las entidades privadas de iniciativa social –sin ánimo de lucro– en el cumplimiento de actividades de servicios sociales en el marco de un procedimiento de contratación pública, tienen que circunscribirse a las previstas por la normativa de contratos del sector público, relativas, en resumen, a la posibilidad de establecer como criterios de adjudicación las características vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades propias de los usuarios



o beneficiarios de las prestaciones sociales a contratar, así como a la posibilidad de establecer preferencias de adjudicación en casos de igualdad de proposiciones más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirven de base para la adjudicación.

4. De acuerdo con la normativa comunitaria, la organización de la prestación de los servicios sociales se puede llevar a cabo mediante instrumentos ajenos a la contratación pública, es decir, sin realizar concesiones o suscribir contratos públicos, a través de la financiación o de la concesión de licencias y autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan unas condiciones establecidas previamente, siempre que se garantice una publicidad suficiente y se respeten los principios de transparencia y no discriminación.

Barcelona, 28 de noviembre de 2013