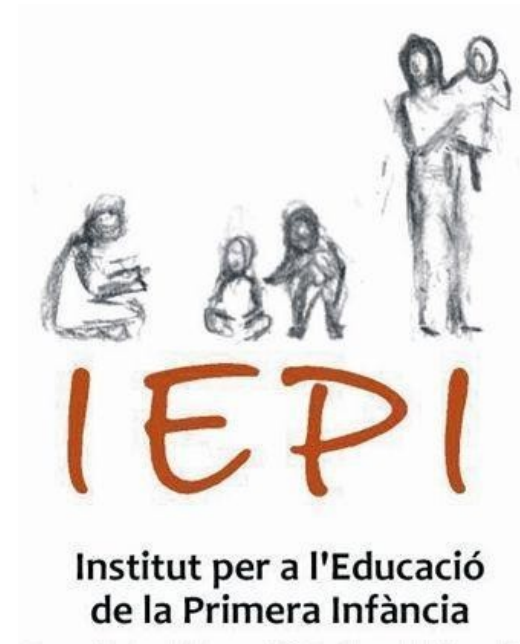


La Llei de Contractes del Sector Públic aplicada a la gestió de les les escoletes

Teresa Moreo Marroig



Esquema de la sesión

Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del sector Público (LCSP)

- 1) Calificación jurídica del contrato
- 2) Preparación del contrato. Objeto: Servicio integral. Plazo de duración. División en lotes.
- 3) Elementos económicos: PBL. VEC. Precio.
- 4) Procedimiento de adjudicación.
- 5) Criterios de solvencia y criterios de adjudicación.
- 6) Condiciones especiales de ejecución. Control de la ejecución. Penalidades. Subcontratación.

Una reflexión sobre la gestión indirecta de los servicios públicos

Gestión indirecta:

B.1) Gestión contractual: LCSP

- a) Concesión de servicios (transferencia del riesgo operacional al concesionario).
- b) Contrato de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía (no transferencia del riesgo operacional al contratista).

B.2) Gestión no contractual

Acción concertada u otras modalidades reguladas en la legislación autonómica.

¿Cuál es la razón última por la que las Administraciones Públicas deciden externalizar servicios públicos?

Es muy importante tener presente la distorsión que provoca en la prestación de un servicio público la integración de los principios constitutivos de la libertad de empresa, entre los que destaca la maximización del beneficio empresarial. Se debe evitar que el empresario traslade el riesgo operacional a sus trabajadores.

Nuevo escenario a partir de la Directiva 2014/23/UE y la Directiva 2014/24/UE

- Por primera vez el legislador comunitario regula las concesiones.
- Se produce una ampliación del objeto del contrato de servicios. Se abandona la idea de que los servicios eran prestaciones para los propios poderes públicos y no para los ciudadanos.
- A la Unión Europea le es ajeno el concepto clásico de servicio público, aunque sí es consciente de que en algunos países hay servicios «fuera» del mercado.
- En cuanto a los servicios a las personas, se abre un nuevo escenario en la gestión de estos servicios, permitiendo que los Estados miembros adopten medidas de licitación que atiendan a las especialidades propias de estas prestaciones alejado de una perspectiva económica o de mercado, siempre con plena sujeción a los principios de publicidad y transparencia. La Directiva reconoce la libertad para organizar estos servicios de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos. (Baleares, Ley 12/2018, para acción concertada de servicios sociales. Convivencia de fórmulas contractuales y no contractuales)
- Si se utiliza la fórmula contractual, se aplica la directiva (contrato SARA) a partir de un umbral especial de $\geq 750.000\text{€}$. Tratamiento específico para su adjudicación (artículos 74 a 77 D 2014/24/UE).
- Si se acude a la concesión el umbral SARA es muy alto ($\geq 5.350.000\text{€}$, a partir 01,01,2022, $5.382.000\text{€}$). Exige traslado de riesgo.

Reconfiguración de la gestión indirecta contractual de los servicios públicos (LCSP)

ANTES: Con el contrato de gestión de servicios públicos (CGSP), la Administración acudía al mercado en busca de un tercero que accediera a prestar un servicio de su titularidad. El contrato era el título habilitante para que un tercero pudiera llevar a cabo una actividad económica excluida del mercado. Lo hacía bajo la modalidad de concesión, concierto o economía mixta.

2014. La incorporación a las Directivas europeas de cuarta generación del contrato de concesión de servicios (públicos o no públicos), antes ajeno al legislador europeo, obliga a dibujar de nuevo la tipología de estos servicios. No obliga a aniquilar el CGSP.

AHORA:. La LCSP debe redefinir el mapa y para ello crea diversos tipos de contratos, en función de su objeto y en función del riesgo operacional:

1ª ¿Existe o no un servicio público?

- ✓ **NO.** Contrato de servicios
- ✓ **SÍ.** Contrato de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía

2ª ¿Existe o no riesgo operacional trasladado al contratista?

- ✓ **NO.** Contrato de servicios.
- ✓ **SÍ.** Contrato de concesión de un servicio no público o público

Desaparece el CGSP

Regulación específica del servicio Público

Hay dos elementos que confluyen y que son la base de la cuestión: la contratación pública y la gestión de los servicios públicos.

A pesar de que el CGSP desaparezca para el legislador español, no desaparece la necesidad de una regulación específica para gestión de los servicios públicos.

No es lo mismo el régimen jurídico del servicio público que el régimen jurídico del contrato. Esta distinción no se encuentra perfectamente limitada en la LCSP.

El legislador español ha incluido las reglas de gestión del servicio público en el art. 312 para servicios y en el art. 284 para las concesiones.

Tal vez hubiera sido más correcto, mantener las reglas propias de los servicios públicos, que son aplicables a la gestión de los mismos, se opte por una u otra vía. Podría haberse hecho en la propia LCSP o, incluso, en la LBRL, como en Francia que se hace en el Código de Entidades Locales.

Nuevo mapa

Los servicios públicos que se prestaban bajo el CGSP, con la LCSP se prestan como:

- Contrato de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía.
- Contrato de concesión de servicios.
- Acuerdos de acción concertada, al margen de la LCSP. (art. 11.6)

Calificación jurídica del contrato

Descansa en la aceptación del esquema conceptual definido por el legislador europeo

Art. 15. Contrato de concesión de servicios.

Es aquel en cuya virtud un poder adjudicador encomienda a título oneroso a una persona, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio. La explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional.

Art.17. Contrato de servicios.

Es aquel cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro. No importa si el servicio se presta directamente al usuario o a la Administración. No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

Art. 312. Contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía.

Se prescinde del término servicio público para su identificación tan utilizado en nuestra tradición pero, son prestaciones que integraban en extinto contrato de gestión de servicios públicos. Reglas especiales para su adjudicación

Servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía (sin transferencia de riesgo)

Artículo 312. Especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía

(Se aplica solo cuando se trata de servicios públicos. Servicio público ≠ Servicio al público)

En los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía se **deberán cumplir las siguientes prescripciones:**

a) Antes de contratar deberá **haberse establecido su régimen jurídico**, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

b) El **adjudicatario** estará **sujeto** a las obligaciones de prestar el servicio con la **continuidad** convenida y **garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono en su caso de la contraprestación económica fijada**; de cuidar del buen orden del servicio; de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, con la salvedad de aquellos que sean producidos por causas imputables a la Administración; y **de entregar, en su caso, las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.**

c) Los **bienes afectos** a los servicios **no podrán ser objeto de embargo.**

d) Si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio y **la Administración** no decidiese la resolución del contrato, **podrá acordar el secuestro** o intervención del mismo hasta que aquella desaparezca.

e) **La Administración conservará los poderes de policía.**

f) Con carácter general, **la prestación de los servicios** que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía **se efectuará en dependencias o instalaciones diferenciadas de las de la propia Administración** contratante.

Contratos de concesión de servicios (con transferencia de riesgo)

Art. 284 LCSP La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia **siempre que sean susceptibles de explotación económica** por particulares.

Antes de proceder a la contratación de una concesión de servicios, **en los casos en que se trate de servicios públicos, deberá haberse establecido su régimen jurídico**, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

La explotación de los servicios implicará la **transferencia al concesionario del riesgo operacional**.

Puede haber contrato de concesión de servicios que no son servicio público y contratos de concesión de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía.

La distinción entre el extinto contrato de gestión de servicios y el contrato de servicios basada en la naturaleza de la prestación ha sido desplazada por una dicotomía entre el contrato de concesión y el de servicios fundada en la transferencia de riesgo.

Contrato de concesión de servicios

El servicio debe ser susceptible de explotación.

Servicio de titularidad o competencia de la Administración (interpretación acorde con la jurisprudencia europea) Servicio público y no público.

Debe haber transferencia de riesgo operacional.

- ✓ Un riesgo económico
- ✓ Un riesgo ajeno
- ✓ Un riesgo sustancial o significativo.
- ✓ A pesar de que sea muy limitado
- ✓ La transferencia es exigible bajo condiciones normales de funcionamiento del mercado
- ✓ Riesgo de demanda o riesgo de suministro (Inf. JCCA Catalunya 9/2016) o ambos.

A pesar de que el riesgo operacional sea muy reducido, como es el caso de las escuelas infantiles, puede haber concesión si se traslada ese riesgo. (Resolución 110/2017 TARC Andalucía)

Preparación de los contratos

1. Establecer el régimen jurídico del servicio público.
2. Definir las necesidades a satisfacer (Memoria justificativa de la necesidad).
3. Diseño del servicio. Determinar y calificar el objeto del contrato (servicio/concesión). Fijar su duración.
4. Elaborar el PPT.
5. Cuantificar el elemento económico: PBL, VEC, precio (tarifa).
6. Justificar la adecuación de los precios al mercado.
7. Establecer el procedimiento de adjudicación y los criterios de solvencia y de adjudicación.
8. Certificar la existencia de crédito (si el contrato tiene impacto en los créditos del presupuesto).
9. Elaborar el PCAP.
10. Fiscalización.
11. Aprobación del expediente.
12. Publicación del anuncio.

Diseño del servicio: Objeto. Art. 99 LCSP

- ✓ Debe ser determinado e integrar todas las prestaciones: escolaridad, horario ampliado, comedor, otras actividades y servicios de carácter complementario.
- ✓ División en lotes: La LCSP impone la necesidad de motivar la decisión de no división en lotes.
Para dividir en lotes es necesario que sea posible la realización independiente de cada lote, por ejemplo, cuando un ayuntamiento dispone de varias escoletes. Si no es así, no procede la división en lotes de las distintas prestaciones accesorias existentes en el contrato, ya que todos los servicios y prestaciones que se desarrollan están plenamente integradas en el proyecto educativo.
- ✓ Prohibición del fraccionamiento ilícito o ficticio del objeto del contrato.

Para la determinación del objeto, es irrelevante que se trate de un servicio o de una concesión porque lo que resuelve la dicotomía entre el contrato de concesión y el de servicios es la transferencia de riesgo.

Plazo de duración

Art. 29 LCSP.- Deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas, sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos.

FUNCIONES DISITINTAS

En los contratos de servicios de actividad, el decurso del tiempo, es requisito para la ejecución del contrato.

En los contratos de concesión de servicios, el plazo tienen la función esencial que es la amortización de las inversiones.

La LCSP establece como límite máximo en los contratos de servicios el plazo de 5 años, aunque incluyendo la excepción —precisamente pensando en los supuestos del art. 312—, de fijar un plazo de duración superior cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente.

En el caso de las concesiones de servicios, se establecerá un plazo de duración limitado, calculado e función del tiempo necesario para la recuperación de la inversión. En cualquier caso, si excede de 5 años, no podrá superar los límites máximos en la LCSP se cifran en los 40, 25 y 10.

Recorrido económico de un expediente de contratación

- ✓ De acuerdo con el artículo 28, la primera obligación es definir las necesidades a satisfacer y valorarlas económicamente.
- ✓ Para ello se debe acudir al mercado para conocer los precios y poder calcular el presupuesto de licitación.
- ✓ En base a él y a las cláusulas del PCAP, se debe calcular el valor estimado del contrato, que va más allá del presupuesto de licitación. El método utilizado para calcularlo debe figurar en el PCAP.
- ✓ Cuando se adjudique el contrato el precio adquiere carta de naturaleza.

Cuatro conceptos económicos en los contratos

- 1) Importe de licitación: importe sobre el que las empresas han de hacer sus ofertas.
- 2) Presupuesto de gasto: dinero total que se tiene dispuesto para abonar al contratista. (en la LCSP: Presupuesto base de licitación)
- 3) Valor máximo estimado: cifra tope que puede alcanzar a recibir el contratista durante la total duración del contrato en las condiciones que finalmente se ejecute, provenga o no de la Administración.
- 4) Precio o importe de adjudicación: Cantidad que finalmente será abonada al contratista en función de las prestaciones realizadas.

La idea: el presupuesto

- ✓ El PBL y el VEC adquieren un protagonismo muy importante durante la preparación y licitación del contrato y pierden recorrido cuando ya se ha adjudicado el contrato y entra en escena el contratista, momento en que el precio cobra carta de naturaleza.
- ✓ ¿Cómo calcular el PBL y el VEC sin incurrir en fraccionamiento ilícito del objeto ni en ausencia de crédito?
- ✓ Esta labor interna de la Administración culminará con la aprobación de un PBL y a partir de ahí, se iniciará una carrera de obstáculos para lograr alcanzar la meta: Un precio justo para el contrato que se formalice.
- ✓ Dar en la diana no es tarea fácil.

El presupuesto base de licitación (PBL) en el art. 100 de la LCSP

- ✓ Se define como el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, el IVA incluido. Si no hay gasto no se fija este importe.
- ✓ Si el contratista va a recibir una parte del precio directamente de los usuarios, el PBL no debe incluir esta parte y la consignación presupuestaria y aprobación del gasto se limitará a la parte del precio que deba recibir de la Administración.
- ✓ El PBL se desglosará indicando en el PCAP los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el PBL indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

Reglas para la determinación del PBL según el TCRC y otros tribunales

- 1) Definir la prestación que va a licitar y calcular su coste. Evitar fraccionamiento ilícito.
- 2) Respetar el criterio: relación calidad-precio, de manera que se busque maximizar la satisfacción de los usuarios del servicio así como la optimización del valor del dinero proveniente de los recursos públicos.
- 3) Se cuidará que el precio sea adecuado al mercado.
- 4) Desglosado costes directos y costes indirectos. No es necesario este desglose en concesión de servicios, donde existe un específico estudio de viabilidad económico-financiera , ni tampoco si el precio se configura a precios unitarios. (TACRC 84/2019 y 633/2019)
- 5) Desglose de costes salariales por categoría y género. Solo si es un contrato de servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales y sean prestaciones directas a favor del órgano de contratación (excluye el servicio de escoletes). Solo en estos contratos se calcularán los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia. (TACRC 633/2019)
- 6) ¿Qué convenio colectivo? LICITACIÓN: Para calcular el PBL, se estará al convenio colectivo sectorial. Si se conocen condiciones retributivas superiores en un convenio de centro, será referencia para calcular el presupuesto (TACPA 189 y 190/2020). EJECUCIÓN: La obligación que se impone en el artículo 122 de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación, no excluye la existencia de convenios de empresa, que serán de aplicación preferente. No infringe el principio de libre concurrencia que la empresa disponga de convenio de empresa. (TACRC 1464/2019, 1386/2020, 928/2020)
- 7) Costes derivados de subrogación laboral. ¿El PBL debe cubrir todos los costes derivados?

Correcta presupuestación del gasto

- 1) El crédito que ampara el expediente de contratación puede ser imputado con cargo a un solo ejercicio presupuestario o a varios, dentro de los límites que las normas presupuestarias de aplicación establezcan para los compromisos de gastos plurianuales. Las previsiones presupuestarias iniciales que se establezcan en los pliegos deben adecuarse al ritmo de ejecución del contrato y de reconocimiento de las obligaciones previsto, momento que determina el ejercicio presupuestario al cual ha de quedar imputado un gasto.
- 2) A pesar del momento en que se produce el devengo económico, el criterio general para determinar cuándo debe aplicarse una obligación a un ejercicio determinado es el del acto del reconocimiento de la obligación, el devengo presupuestario.
- 3) Durante la tramitación del expediente y la ejecución del contrato se debe adaptar el ritmo de financiación al ritmo de ejecución.

Reglas para la determinación del VEC

- ▶ 1ª/.- Su determinación en los pliegos es obligatoria con independencia de si el contrato implica un gasto para el poder adjudicador o no.
- ▶ 2ª/.-Definir la unidad funcional desde el punto de vista objetivo, operativo, económico o material (el objeto del contrato) y unidad funcional desde el punto de vista orgánico o subjetivo (el órgano de contratación).
- ▶ 3ª/.-Decidir de manera motivada la duración del contrato, conforme los artículos 28, 29 y 101, apartados 9, 10 y 11.
- ▶ 4ª/.- En base a lo anterior, aplicar el método adecuado para calcular el volumen global de negocio de las prestaciones que se van a licitar. La cifra que corresponde al máximo de ingresos que podría llegar a percibir el contratista, siempre IVA excluido.
- ▶ 5ª/. – Calcular el coste de las prórrogas previstas (solo contratos de actividad) y modificado previsto.
- ▶ 6ª/. – Añadir premios, primas, ventajas financieras, rentas, etc.

Cálculo del VEC en el contrato de servicios

El importe total, sin incluir el IVA, pagadero según sus estimaciones, incluyendo los ingresos derivados del cobro a los usuarios de las tarifas aprobadas por la Administración y/o la aportación económica de la Administración.

Además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que

se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial, se debe tener en cuenta:

- ✓ Cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.
- ✓ Cuando se haya previsto abonar primas o efectuar pagos a los candidatos o
- ✓ licitadores, la cuantía de los mismos.
- ✓ En el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204, se haya previsto en el PCAP la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que este pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones al alza previstas.

Cálculo del VEC en el contrato de concesión de servicios

El importe neto de la cifra de negocios, sin incluir el IVA, que según sus estimaciones, generará la empresa concesionaria durante la ejecución del mismo como contraprestación por los servicios objeto del contrato, así como de los suministros relacionados con estos servicios.

Además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de la concesión, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial, se debe tener en cuenta:

- ✓ Cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.
- ✓ Cuando se haya previsto abonar primas o efectuar pagos a los candidatos o
- ✓ licitadores, la cuantía de los mismos.
- ✓ En el caso de que se haya previsto en el PCAP la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que este pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones al alza previstas.

Y además,

1. La renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de los servicios, distintas de las recaudadas en nombre del poder adjudicador.
2. Los pagos o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, concedidos al concesionario por el poder adjudicador o por cualquier otra autoridad pública, incluida la compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público y subvenciones a la inversión pública.
3. El valor de los subsidios o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, procedentes de terceros a cambio de la ejecución de la concesión.
4. El precio de la venta de cualquier activo que forme parte de la concesión.
5. El valor de todos los suministros y servicios que el poder adjudicador ponga a disposición del concesionario, siempre que sean necesarios para la prestación de servicios.

Contratos sujetos a regulación armonizada en función del VEC

Concesión de servicios $\geq 5.350.000\text{€}$

Servicios $\geq 214.000\text{€}$

Servicios Anexo IV $\geq 750.000\text{€}$ (entre los que figura Servicios administrativos sociales, educativos, sanitarios y culturales)

A partir del 01/01/2022

Concesión de servicios $\geq 5.382.000\text{€}$

Servicios $\geq 215.000\text{€}$

Servicios Anexo IV $\geq 750.000\text{€}$ (entre los que figura Servicios administrativos sociales, educativos, sanitarios y culturales)

(Reglamento Delegado (UE) 2021/1952 de la Comisión de 10 de noviembre de 2021 que modifica la Directiva 2014/24/UE)

Recurso especial en materia de contratación en función del VEC

Será susceptible de este recurso ante el Tribunal de Recursos Contractuales los actos y decisiones relacionados con:

- ✓ Servicios, que tenga un valor estimado superior a 100.000,00 €
- ✓ Concesiones de servicios cuyo valor estimado supere los 3.000.000,00 €

No coinciden con los umbrales SARA.

Si el VEC es inferior a estos umbrales, en nuestra comunidad autónoma, cabe recurso administrativo especial ante la Junta Consultiva de Contratación de la Illes Balears.

Precio

CONCESIÓN DE SERVICIOS

Como contrapartida, el contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración. La contraprestación se denominará tarifa y tendrá naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario.

SERVICIOS

La contraprestación económica que recibe el contratista se puede componer de :

- Los ingresos derivados del cobro a los usuarios de las tarifas aprobadas por la Administración
- La aportación económica de la Administración.

El precio del contrato se puede formular a tanto alzado o a precios unitarios. Parece aconsejable que el PCAP disponga que la empresa recibirá el abono del precio del contrato en función de las plazas ocupadas.

Remuneración al contratista

Contrato para la gestión de las escoletas. Modalidad Servicios o modalidad Concesión

La LCSP deja claro para las concesiones que las contraprestaciones económicas pactadas se denominarán **tarifas** y tendrán la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario. **La tarifa es un instrumento no tributario**.

No especifica nada en el art. 312 en cuanto a la modalidad de contratos de servicios, si bien dicha ausencia ha venido a ser cubierta por la JCCA del Estado, quien ha entendido que debe aplicarse la misma regla, por cuanto, no olvidemos que se trata de dos modalidades de gestión indirecta de los mismos servicios públicos, que según establece la propia norma en su preámbulo deberían gozar del mismo régimen jurídico. También será de aplicación el Artículo 309. Determinación del precio.(Inf. 45/2019)

La tarifa podrá ser ingresada a la cuenta de la Administración o a la cuenta de la empresa contratista. Es conveniente desvincular la gestión pedagógica del cobro de las tarifas. No tiene sentido que la tutora deba participar en reclamar deudas de las familias.

Remuneración al contratista

La tarifa que se debe abonar por el servicio 0-3 se puede entender como coactivamente impuestas, porque la actividad o el servicio requerido es objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar o, dicho en otras palabras, cuando la renuncia de estos servicios priva al particular de aspectos esenciales de su vida privada o social, considerando coactivamente impuestas las prestaciones pecuniarias que derivan de su utilización.

A diferencia de un Servicio de actividades deportivas que ofrece un Instituto Municipal de Deportes, que no puede entenderse coactivo. En tal caso, es un contrato de servicios con prestaciones directas en favor de la ciudadanía y es posible imponer al receptor del servicio el pago de una tarifa pero tal tarifa tendrá la naturaleza de precio público al faltar la nota de coactividad propia de las prestaciones patrimoniales de carácter público.

Procedimiento de adjudicación del contrato

La adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio, y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV (entre los que figura el servicio de enseñanza preescolar CPV 80110000-8 y el servicio de suministro de comidas para escuelas CPV 55524000-99), que se adjudicarán por procedimiento restringido.

Acreditación de la aptitud de las empresas

- ✓ Las empresas que liciten deben declarar su capacidad y solvencia.
- ✓ Las condiciones de solvencia deben ser proporcionadas a las características del contrato y no discriminatorias.
- ✓ Prohibido exigir experiencia previa con el sector público, salvo que se trate de una actividad que únicamente lleva a cabo el sector público.
- ✓ Prohibidas exigencias de territorialidad.
- ✓ Pueden acudir a medios externos de otras entidades para acreditar su solvencia.
- ✓ **Además de solvencia, es muy importante exigir un compromiso de adscripción de determinados medios a la ejecución del contrato.**

Criterios para elegir la mejor relación calidad-precio

DA 47 de la LCSP: Principios aplicables a los contratos de concesión de servicios del anexo IV y a los contratos de servicios de carácter social, sanitario o educativo del anexo IV.

En los procedimientos de licitación de contratos de concesión de los servicios y de servicios que figuran en el anexo IV, los órganos de contratación velarán en todas sus fases por 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 de los usuarios de los servicios; y la innovación en la prestación del servicio.

Asimismo, al establecer los criterios de adjudicación, el órgano de contratación podrá referirlos a aspectos tales como: la experiencia del personal adscrito al contrato en la prestación de servicios dirigidos a sectores especialmente desfavorecidos o en la prestación de servicios de similar naturaleza en los términos establecidos en el artículo 145; la reinversión de los beneficios obtenidos en la mejora de los servicios que presta; el establecimiento de mecanismos de participación de los usuarios y de información y orientación de los mismos.

Intervención del Comité de Expertos u Organismo especializado.

Criterios para elegir la mejor relación calidad-precio

Art. 145 LCSP. En los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, **los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas**, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 146. (puede ser necesario un comité de expertos encargado de la valoración)



¿Adjudicación en base a un precio/coste fijo y que los licitadores compitan solo en términos de calidad?

La Directiva lo permite. La LCSP no habilita expresamente pero no significa que no sea posible si está debidamente justificado.

Concepto amplio de calidad

Aunque en lenguaje común la palabra calidad tiene un sentido más restringido, a efectos de la LCSP incluye los referidos a aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores. (OARC Euskadi 123/2018)

- ✓ Proyecto de gestión educativa y organizativa del centro (Propuesta pedagógica, Relaciones con familias y su participación en la escuela, Plan de atención a la diversidad del alumnado, Proyecto coeducativo con perspectiva de género, planificación de los recursos económicos y de la provisión de personal , gestión de materiales, servicios y suministros, proceso de admisión y matriculación, mecanismos de relación con el Ayuntamiento ...)
- ✓ Introducción de alimentación ecológica de circuito corto. Composición y variedad de los menús. Introducción de productos integrales, Plan de reducción del desperdicio,...
- ✓ Número de profesionales que se amplían a partir de los mínimos exigibles y mejora de las titulaciones mínimas exigidas.

¿Es posible valorar la organización, cualificación y experiencia del personal?

El art. 145 de la LCSP lo permite para cualquier contrato, siempre y cuando pueda afectar de manera significativa a la buena ejecución del contrato. (TACRC 494/2019: JCCA 108/2018)

La DA 47 explicada anteriormente habilita claramente para estos contratos.

¿Y valorar la experiencia del personal que se debe subrogar? Sí, porque la obligación de subrogación que impone el convenio colectivo a los adjudicatarios supone el deber de integrar en su plantilla a los trabajadores de la empresa cesante pero en ningún caso a mantenerlos en el mismo puesto de trabajo. En estos casos, habrá que dar información sobre la formación y experiencia del personal a subrogar. (TCCP 156/2021)

Certificados de garantía de calidad y de gestión medioambiental y distintivos

¿Pueden ser considerados criterios de adjudicación?

Sí, si están claramente vinculados con el objeto del contrato.

¿Y los certificados como el ISO 9001 y el 14001 que hacen referencia exclusivamente a características propias de las empresas?

El TCCP ha cambiado de criterio. No los admitía (Res. 939/2018) y ahora los admite (Res. 786/2019), siempre y cuando exista una motivación suficiente de que están claramente vinculados al objeto del contrato (en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida) y repercuten en el resultado de la concreta prestación solicitada, permitiendo una evaluación comparativa de las ofertas.

¿Distintivo de igualdad en la empresa. Red DIE?

El TCCP considera que carece de relación directa con la prestación de objeto de un contrato de limpieza (Res. 456/2019)

¿Sello distintivo de los Productos Lácteos Sostenibles ? Sí se admite porque tiene relación con el objeto del contrato.

Mejoras como criterio de adjudicación

Toda mejora debe producir un beneficio o resultado provechoso en la Administración, vinculado al objeto del contrato

La **Directiva** las considera aconsejables porque promueven la innovación y la competencia.

LCSP, art. 145.7: “prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el PPT, sin que puedan alterar la naturaleza del contrato”. La regulación de las mejoras en la LCSP es muy deficiente porque las trata como si fueran “variantes”. Por un lado exige que sean prestaciones adicionales y accesorias que el órgano de contratación desconoce que existen en el mercado y pueden ser ofrecidas por las empresas licitadoras y por otro exige su concreción. Misión difícil (TARCP 509/2018).

¿Qué significa adicionales?

Puede entenderse de dos maneras distintas:

- 1) Todas las adicionales que exceden de las obligatorias.
- 2) Solamente las prestaciones adicionales no definidas en el pliego.

La JCCAE Inf. 1/2021 admite las dos opciones.

Ejemplo: Proyecto de iniciación al inglés, número de profesionales que se amplían a partir de los mínimos exigibles, mejora de las titulaciones mínimas exigidas.

No sería admisible: Entrega de una cámara frigorífica, organización de fiestas de cumpleaños fuera del centro,...

¿El precio como criterio objetivo de adjudicación?

La Matemática y la objetividad son dos conceptos que tendemos a asociar. Por ello es fácil caer en la tentación de pensar que la utilización en los pliegos de criterios de adjudicación que se deben valorar mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas, como es el caso del precio, aseguran el cumplimiento del principio de objetividad. Pero no es del todo cierto. Son tantos los aspectos discrecionales que giran en torno al precio, que al final puede resultar un criterio bastante “subjetivo”.

¿Esto significa que para valorar el precio solamente se pueden utilizar fórmulas lineales?

No, la LCSP da libertad de elección de las formulas al órgano de contratación. Lo que ocurre es que sobre la base de esta libertad de elección se han empleado en muchas ocasiones las fórmulas para predeterminar los resultados.

Fórmulas para valorar el precio

En cuanto a las formulas, la elección se tendrá que justificar en el expediente (Art. 146.2.b LCSP)

- ✓ No se admite formulas que otorguen mayor puntuación a la oferta que presenta la baja media.
- ✓ Tampoco las que atribuyen una puntuación a todo licitador por el mero hecho de presentar oferta.
- ✓ Si se admiten las fórmulas proporcionales directas como las proporcionales indirectas.
- ✓ Evitar formulas complejas y confusas. Evitar fórmulas que reclaman una literatura paralela para su aplicación.

Se admiten fórmulas que modulen la puntuación, que van otorgando puntos pero nunca se llega a obtener la puntuación máxima, cuando se trata de servicios especializados y de alta cualificación y requieren una formula que no potencie la diferencia entre precios para evitar desvirtuar la relación calidad-precio y evitar que los licitadores no se sientan incentivados.

La formula que no se cuestiona es la fórmula proporcional lineal, que da a la mayor baja la máxima puntuación y cero puntos a no hacer baja. El resto de forma proporcional:

$P_i = P_{max} \times (B_i / B_{max})$. (En esta fórmula, en los casos en los que las bajas sean pequeñas, las diferencias en puntos es excesivamente grande)

¿Están prohibidos los umbrales de saciedad?

Los llamados “umbrales de saciedad” son las distintas fórmulas que se emplean para limitar la valoración de las ofertas y no conceder puntos adicionales a partir de determinado umbral. Por ejemplo, el criterio precio tiene atribuidos 25 puntos y esta puntuación máxima la obtienen tres ofertas económicas distintas (2.564.233€, 2.500.000€ y 1.900.000€)

Existen criterios muy dispares sobre su aceptación.

El TACRC no admitía y otros tribunales tampoco. Tampoco el Tribunal de Cuentas y nuestra Sindicatura. El argumento es que desvirtúa la ponderación teórica que se da al precio y que se puede acabar adjudicando el contrato a una oferta económica con un precio más elevado que las otras.

El TACR ha cambiado de criterio y ahora lo admite, siempre que esté debidamente justificado en el expediente y sin necesidad de acudir a un comité de expertos para valorar los criterios sometidos a juicio de valor.

El asunto ha llegado a tener interés casacional. Estamos a la espera de que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre los “umbrales de saciedad” (Recurso de casación 7797/2020)

La valoración por fases

Art 146.3 LCSP

Consiste en establecer un umbral mínimo del 50% de la puntuación que se otorgue a los criterios cualitativos para continuar valorando las ofertas.

Muy recomendable para la adjudicación de estos contratos.

También existen criterios dispares sobre el modo de aplicar este precepto.

JCCAIE Inf. 6/2020. Analiza su aplicación en negociado bajo el criterio del TJUE

TARC Andalucía. Pueden ser criterios sujetos a juicio de valor o de valoración automática

Tribunal de Cuentas.- Debe intervenir un comité de expertos

OARC Euskadi.- No debe intervenir un comité de expertos

Condiciones especiales de ejecución

Art. 202.- Obligaciones incorporadas a los pliegos que el órgano de contratación considera esenciales para una contratación estratégica que persigue ciertos objetivos de política medioambiental, social, ética o de innovación y cuyo incumplimiento merece consecuencias más severas.

- ✓ Como mínimo debe establecerse una.
- ✓ Diferentes a los criterios de adjudicación.
- ✓ No pueden ser discriminatorias.
- ✓ Relacionadas con el objeto del contrato.
- ✓ Las debe cumplir también el subcontratista.
- ✓ El cumplimiento de las obligaciones legales no puede ser una condición especial de ejecución pero sí lo puede ser la justificación de su cumplimiento y el sometimiento a sistemas de control.

Ejemplo: Que la entidad adjudicataria organice por cada año de ejecución del contrato una o varias acciones formativas con una duración acumulada de, al menos, 20 horas anuales, que mejoren la ocupación y la adaptabilidad de las personas adscritas a la ejecución del contrato, así como sus capacidades y su calificación.

La subcontratación de la ejecución del contrato

- ✓ Art. 215.-El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, salvo que la prestación o parte de ella haya de ser ejecutada directamente por el primero. En el caso de que se limite la subcontratación el pliego debe indicar el motivo o las tareas críticas que no se pueden subcontratar.
- ✓ El PCAP debe establecer las reglas de la subcontratación.
- ✓ Art. 296.- En el contrato de concesión de servicios la subcontratación solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias.
- ✓ ¿Qué son prestaciones accesorias? ¿Servicios de catering, limpieza, conserjería, ajardinamiento, administración, mantenimiento,...?

¿Es posible limitar la subcontratación?

Control de la ejecución

- ✓ Es responsabilidad de la Administración la buena ejecución de los contratos.
- ✓ Existe un cambio de perfil profesional de las personas que se ocupan de la fase de ejecución, respecto a las personas que se ocuparon de la licitación y adjudicación. Esta fase ha transcurrido por un sendero formal jurídico, controlado por los Servicios jurídicos y por la Intervención; sin embargo, una vez formalizado el contrato, a veces no se sabe muy bien por donde discurre, puesto que el perfil profesional que lo controla, conocedor a fondo de la materia contratada, en muchas ocasiones carece de formación jurídica.
- ✓ El artículo 62 de la LCSP determina que con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos, los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada.
- ✓ Los pliegos deberían establecer herramientas organizativas, formales y materiales para llevar a cabo su función. Sería interesante realizar auditorías sistemáticas de las tareas de supervisión llevadas a cabo por los responsables de contrato.

Penalidades

- ✓ La LCSP establece por ejecución defectuosa y penalidades por mora.
- ✓ Tienen una naturaleza coercitiva pues se imponen durante la fase de ejecución del contrato cuando el contratista incurre en cumplimiento defectuoso o mora y su finalidad es estimular el correcto cumplimiento del contrato.
- ✓ Es fundamental que el PCAP prevea la posibilidad de imponer penalidades o de resolver el contrato cuando se produzcan incumplimientos de las obligaciones del contrato, incluidas las condiciones especiales de ejecución. Los incumplimientos se deben calificar en el PCAP (leve, grave, muy grave) y detallar la penalidad de cada uno.
- ✓ Los incumplimientos que pueden dar lugar a las penalidades deben quedar certificados por el responsable del contrato. De este incumplimiento se dará traslado al contratista para que realice las alegaciones oportunas. El órgano de contratación resolverá y la penalidad se hará efectiva con el correspondiente descuento en la próxima certificación.

Ejemplo: Compromiso de introducción de alimentación ecológica o de productos de comercio justo en el servicio de comedor. El incumplimiento de esta obligación tendrá la consideración de incumplimiento grave y dará lugar a la imposición de una penalidad del 7% del precio del contrato, sin IVA.

Finalización del contrato

- ✓ Finalizado el plazo contractual, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.
- ✓ El PCAP deberá fijar un período prudencial anterior a la reversión, para que la Administración adopte las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenidas.

Gracias por la atención

Teresa Moreo Marroig
tmoreo@interven.caib.es

Autora: Teresa Moreo Marroig