



CONSELLERIA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
Junta Superior de Contratación Administrativa  
Avellanas, 14 – 4º K  
46003 VALENCIA  
Tel. (961) 613138  
Fax. (961) 613149

Ref .: SUB/SCC/mv-jb  
Asunto : Informe 9/2013

**INFORME 9/2013, DE 18 DE FEBRERO DE 2014 . INCIDENCIA DEL CONTENIDO DEL ART. 45 DE LA LEY 14/2013, DE 27 DE SEPTIEMBRE, DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES Y SU INTERNACIONALIZACIÓN, EN CUANTO AL ESTABLECIMIENTO DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN A FAVOR DE CONTRATISTAS PREVIOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN UN CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN DE PLAZAS RESIDENCIALES.**

#### **ANTECEDENTES**

Con fecha 27 de diciembre de 2013, ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe por la Conselleria de Bienestar Social, al amparo de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 79/2000, de 30 de Junio, del Consell, de creación de la Junta Superior de Contratación Administrativa, con el siguiente tenor literal:

*“SOLICITUD DE INFORME A LA JUNTA SUPERIOR DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE LA INCIDENCIA DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 45 DE LA LEY 14/2013, DE 27 DE SEPTIEMBRE, DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES Y SU INTERNACIONALIZACIÓN, EN CUANTO AL ESTABLECIMIENTO DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN A FAVOR DE CONTRATISTAS PREVIOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.*

*La Conselleria de Bienestar Social licita en el año 2001, el expediente de contratación cuyo objeto es la puesta a disposición de la Administración de 9.000 plazas residenciales para personas mayores, en las 10 zonas en las que se divide el Mapa de Atención Gerontológica de la Comunitat Valenciana, expediente actualmente en ejecución, dado que su plazo de duración es de 15 años, que finalizará entre los años 2018 y 2023, en función de la puesta a disposición de plazas a la administración en cada uno de los centros.*

*Las empresas adjudicatarias construirán, reformarán o adaptarán y equiparán centros y pondrán a disposición de la Administración hasta 1/3 de las plazas residenciales, gestionando el resto de manera privada.*

*Por su parte, la Conselleria de Bienestar Social, según el criterio de exclusividad recogido en la cláusula 5 d) de los pliegos, se compromete a 'Proporcionar al conjunto de adjudicatarios de las respectivas zonas, la exclusividad en la gestión de nuevas plazas residenciales para personas mayores dependientes en la correspondiente demarcación, absteniéndose de subvencionar la*

*atención residencial de nuevas personas mayores de dichas características en centros ajenos a los de los adjudicatarios, mientras éstos tengan plazas disponibles. Esta garantía de exclusividad debe entenderse dentro de cada zona, por lo que la obligación de la Administración se refiere a los adjudicatarios de la respectivas zonas. En aquellas zonas en las que existan centros de titularidad de la Generalidad Valenciana con plazas vacantes, la Conselleria de Bienestar Social se reserva el derecho a ofertar a los usuarios el ingreso en los mismos, con carácter preferente respecto a las plazas de accesibilidad social puestas a disposición por los adjudicatarios de la zona.' (Se adjunta copia de los pliegos que rigen la citada contratación).*

*En atención a este criterio de exclusividad, la Conselleria de Bienestar Social ha venido tramitando expedientes de contratación por procedimiento negociado, desde el año 2008 de conformidad con lo dispuesto en los artículos 138.2 y 172.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en las diferentes zonas y con las empresas adjudicatarias del expediente tramitado en el ejercicio 2001, con objeto de ampliar el número de plazas de accesibilidad social con las que cuenta esta Comunidad. De igual modo, la tramitación de los distintos expedientes de contratación por procedimiento negociado se deriva de la necesidad de continuar atendiendo a las personas mayores dependientes ya ingresadas en los centros correspondientes, (a título indicativo, se adjunta copia del pliego, por procedimiento negociado, de una de las zonas, actualmente en vigor).*

*La publicación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su internacionalización, establece medidas para impulsar la contratación pública con emprendedores. Entre otras, el artículo 45 de esta norma contiene la prohibición de discriminación a favor de contratistas previos en los procedimientos de contratación pública, indicando expresamente:*

*'1. En sus procedimientos de contratación, los entes, organismos y entidades integrantes del sector público no podrán otorgar ninguna ventaja directa o indirectamente a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier administración.*

*2. Serán nulas de pleno derecho todas aquellas disposiciones contenidas en disposiciones normativas con o sin fuerza de ley así como en actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano del sector público que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier administración.'*

*El tenor literal del precepto lleva a cuestionarse su incidencia en la tramitación de nuevos procedimientos negociados para la cobertura de plazas de accesibilidad social derivadas de la contratación inicial del año 2001, en base a la cláusula de exclusividad.*

*En atención a lo expuesto y de conformidad con lo previsto por el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana y se regulan los Registros Oficiales de Contratos y de Contratistas y Empresas Clasificadas de la Comunidad Valenciana y las garantías globales, en concordancia con el artículo 9 de la Orden de 11 de junio de 2001, de la Conselleria de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se regula el régimen interno de funcionamiento de la Junta Superior de Contratación Administrativa, se solicita la emisión de informe sobre las siguientes cuestiones:*

- Alcance del contenido del artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su internacionalización, en cuanto al establecimiento de la prohibición de discriminación a favor de contratistas previos en los procedimientos de contratación pública.

- Aplicabilidad de la cláusula de exclusividad recogida en el expediente inicial de creación de 9.000 plazas residenciales tras la vigencia del artículo 45 de la Ley 14/2013, así como su incidencia en los procedimientos negociados derivados del primero..

- Idoneidad de la tramitación de un procedimiento abierto para la contratación de las plazas de accesibilidad que superen el tercio contratado inicialmente.”

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Las cuestiones planteadas en la consulta formulada por la Conselleria de Bienestar Social sugieren una duda más que razonable sobre si sigue siendo conforme a derecho, especialmente después de la promulgación de la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, la exclusividad atribuida en su respectiva zona a los adjudicatarios de un contrato administrativo especial de atención residencial a personas mayores, adjudicado en el año 2001 mediante un procedimiento abierto y por concurso, para la creación y puesta a disposición de la Conselleria de plazas residenciales para personas mayores en cada una de las zonas de atención gerontológica establecidas por la Consellería.

Esta contratación se rige por un Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares ( PCAP en adelante), de 5 de febrero de 2001, redactado en base a la normativa entonces vigente, constituida principalmente por el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 y el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas. El plazo del contrato es de 15 años a partir del inicio de la prestación del servicio, la cual debía iniciarse como máximo dentro de los 3 años siguientes a la adjudicación y, de acuerdo con la estimación de la Conselleria, dicho plazo finalizaría entre 2018 y 2023, suponemos que según las zonas y los distintos momentos en que se inició la prestación del servicio asistencial.

De la consulta y de la documentación remitida por la Conselleria se desprende también que, además de en dicho contrato administrativo especial, tal exclusividad conferida a sus adjudicatarios se ha venido aplicando y haciendo efectiva en contrataciones sucesivas adjudicadas desde 2008 por procedimiento negociado, en el que se exige como obligación del adjudicatario *“ser titular de uno de los centros creados en base al contrato administrativo especial para la creación y puesta a disposición de la Consellería de Bienestar Social de plazas residenciales para personas mayores..., así como de plazas adjudicadas en procedimientos anteriores para continuar ofertándolas en el presente procedimiento”* Así se dispone en la cláusula 2.2.A del PCAP de 11/02/2013, del contrato para mantener durante 11 meses la puesta a disposición de plazas de accesibilidad social en la zona 1 de atención gerontológica en la Comunitat Valenciana, remitido como ejemplo.

Pues bien, en sucesivas y nuevas contrataciones, no cabe la menor duda de que tal obligación de ser titular de uno de los centros creados por el contrato administrativo especial de 2001 constituye en realidad un requisito que, o bien restringe las posibilidades de contratación a las empresas que contrataron con la Conselleria de Bienestar Social en aquella ocasión, siempre que mantengan la titularidad de uno de los centros creados, o bien obliga a cualquier otra empresa a adquirir previa o simultáneamente dicha titularidad para poder participar en tales contrataciones. Por tanto, respecto a la primera cuestión planteada en la consulta de la Conselleria de Bienestar Social, entendemos que la citada obligación constituye claramente una discriminación en favor de los adjudicatarios del contrato administrativo especial de 2001 que resulta, a nuestro juicio, incompatible con la prohibición de otorgar ventajas directas o indirectas a las empresas que hayan contratado previamente con la Administración, establecida en el artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, con carácter de norma básica.

En la citada Ley 14/2013, cuya entrada en vigor en lo que aquí nos afecta se produjo el 29 de septiembre de 2013, se ha dispuesto que serán nulos todos los actos o resoluciones emanadas de órganos del sector público que otorguen, directa o indirectamente, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con la Administración, y se ha dado nueva redacción al artículo 32 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLRSP), añadiendo un nuevo apartado d), para incluir dicha circunstancia como una de las causas de nulidad de la contratación administrativa.

Además, lo bien cierto es que, tal como consta en la cláusula 11.2 del PCAP de 11/02/2013 remitido como ejemplo, la cláusula que estableció la cuestionada exclusividad en favor de las empresas adjudicatarias del contrato administrativo especial de 2001 se ha utilizado, más allá de este último contrato, para justificar el recurso al procedimiento negociado en nuevas adjudicaciones de contratos calificados también como contratos administrativos especiales, considerando impropiamente que en base a dicha exclusividad se da el supuesto previsto en el artículo 172.a) del TRLRSP, cuando este precepto lo que establece es que los contratos de gestión de servicios públicos podrán adjudicarse por ese procedimiento cuando no sea posible promover la concurrencia en la oferta, pero nada dice de los contratos administrativos especiales.

Todo ello nos lleva a la conclusión de que la aplicabilidad de la cláusula de exclusividad establecida en el contrato administrativo especial de 2001 queda restringida a la ejecución de dicho contrato y no puede ser invocada en nuevas y sucesivas contrataciones que deberían ser adjudicadas por los procedimientos que correspondan a sus respectivos importes, tipo de contrato que proceda y demás circunstancias, de acuerdo con el régimen jurídico aplicable de conformidad con lo dispuesto en el vigente TRLRSP.

Para ello, ha de tenerse en cuenta que ya la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, al definir los contratos de servicios de forma acorde a las Directivas europeas, supuso un cambio radical en lo que concierne a la tipificación de un contrato como contrato administrativo especial, calificación que se encuentra restringida a los contratos así calificados por una ley o a aquellos

cuyo objeto es distinto de los de obras o de concesión de obra pública, de gestión de servicios públicos, de suministro o de servicios, así como de colaboración público-privada, quedando incluidos los servicios de salud y de bienestar social entre las prestaciones que son objeto de un contrato de servicios. Actualmente, esta regulación se mantiene en estos mismos términos en los artículos 10 y 19 del TRLCSP.

En consecuencia, no es posible continuar calificando como contratos administrativos especiales los adjudicados por procedimiento negociado como el remitido por la Consellería a título de ejemplo. Salvo en el supuesto de gestión indirecta mediante un contrato de gestión de servicios públicos, deben calificarse como contratos de servicios de los definidos en el artículo 10 del TRLCSP los contratos que tienen por objeto las prestaciones de servicios sociales comprendidas en la categoría 25 de su Anexo II. Dicha categoría comprende expresamente los servicios de asistencia social, con o sin alojamiento, y en particular los servicios de bienestar social prestados a personas mayores. El propio pliego remitido por la Conselleria determina el código del CPV correspondiente al contrato (85311100-3 Servicios de bienestar social proporcionados a ancianos) que determina su inclusión en la citada categoría 25 de contratos de servicios.

Por el contrario, si la Conselleria opta por la gestión indirecta de los servicios de asistencia social a personas mayores que sean de su competencia, deberá recurrir al contrato de gestión de servicios públicos regulado en los artículo 275 y siguientes del TRLCSP, entre cuyas modalidades se encuentra la posibilidad del concierto con empresas o entidades que presten servicios como los que constituyen el objeto de la contratación. No obstante, debe tenerse en cuenta, también, que sigue vigente y es de aplicación lo establecido en el artículo 183 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

## **CONCLUSIONES**

PRIMERA. Desde la entrada en vigor de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, son causas de nulidad en la contratación administrativa todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones de cualquier órgano de contratación del sector público que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración. La exclusividad o preferencia de empresas en la contratación de los servicios de bienestar social, basada únicamente en haber sido adjudicatarias de un contrato anterior, debe considerarse un otorgamiento de ventajas y una restricción a la competencia incompatible con lo dispuesto en dicha Ley y en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

SEGUNDA. Salvo en el supuesto de gestión indirecta mediante un contrato de gestión de servicios públicos, deben calificarse como contratos de servicios de los definidos en el artículo 10 del TRLCSP los contratos que tienen por objeto las prestaciones de servicios sociales comprendidas en la categoría 25 de su Anexo II, y adjudicarse por el procedimiento que sea adecuado al importe y a las circunstancias de cada contrato.

TERCERA.- La exclusividad no puede ser invocada en nuevas y sucesivas contrataciones que deberían ser adjudicadas por los procedimientos que correspondan a sus respectivos importes, tipo de contrato que proceda y demás circunstancias, de acuerdo con el régimen jurídico aplicable de conformidad con lo dispuesto en el vigente TRLCSP.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

LA SECRETARIA DE LA JUNTA

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA  
(Por sustitución, Art. 1.a) Orden de  
11 de junio de 2001, DOGV 17/07/2001)



Margarita Vento Torres



Carmela Cots Soler  
VICEPRESIDENTA

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE  
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, en fecha 18  
de febrero de 2014.