

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

INFORME 9/2013, DE 18 DE FEBRER DE 2014. INCIDÈNCIA DEL CONTINGUT DE L'ARTICLE 45 DE LA LLEI 14/2013, DE 27 DE SETEMBRE, DE SUPORT ALS EMPRENEDORS I LA SEUA INTERNACIONALITZACIÓ, QUANT A L'ESTABLIMENT DE LA PROHIBICIÓ DE DISCRIMINACIÓ A FAVOR DE CONTRACTISTES PREVIS EN ELS PROCEDIMENTS DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA EN UN CONTRACTE DE POSADA A DISPOSICIÓ DE PLACES RESIDENCIALS.

ANTECEDENTS

Amb data 27 de desembre de 2013, ha tingut entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe per la Conselleria de Benestar Social, a l'empara del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de juny, del Consell, de creació de la Junta Superior de Contractació Administrativa, amb el següent tenor literal:

"SOL·LICITUD D'INFORME DE LA JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA SOBRE LA INCIDÈNCIA DEL CONTINGUT DE L'ARTICLE 45 DE LA LLEI 14/2013, DE 27 DE SETEMBRE, DE SUPORT ALS EMPRENEDORS I LA SEUA INTERNACIONALITZACIÓ, QUANT A L'ESTABLIMENT DE LA PROHIBICIÓ DE DISCRIMINACIÓ A FAVOR DE CONTRACTISTES PREVIS EN ELS PROCEDIMENTS DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA.

La Conselleria de Benestar Social licita l'any 2001, l'expedient de contractació l'objecte de la qual és la posada a disposició de l'Administració de 9.000 places residencials per a persones majors, en les 10 zones en què es dividix el Mapa d'Atenció Gerontològica de la Comunitat Valenciana, expedient actualment en execució, atés que el seu termini de duració és de 15 anys, que finalitzarà entre els anys 2018 i 2023, en funció de la posada a disposició de places a l'administració en cada un dels centres.

Les empreses adjudicatàries construiran, reformaran o adaptaran i equiparan centres i posaran a disposició de l'Administració fins a 1/3 de les places residencials, i gestionarà la resta de manera privada.

Per la seua banda, la Conselleria de Benestar Social, segons el criteri d'exclusivitat recull en la clàusula 5 d dels plecs, es compromet a 'Proporcionar al conjunt d'adjudicatari de les respectives zones, l'exclusivitat en la gestió de noves places residencials per a persones majors dependents en la corresponent demarcació, i s'absten de subvencionar l'atenció residencial de noves persones majors d'estes característiques en centres aliens als dels adjudicatari, mentres estos tinguen

places disponibles. Esta garantia d'exclusivitat s'ha d'entendre dins de cada zona, per la qual cosa l'obligació de l'Administració es referix als adjudicataris de la respectives zones. En aquelles zones en què existisquen centres de titularitat de la Generalitat Valenciana amb places vacants, la Conselleria de Benestar Social es reserva el dret a oferir els usuaris l'ingrés en estos, amb caràcter preferent respecte de les places d'accessibilitat social posades a disposició pels adjudicataris de la zona.' (S'adjunta còpia dels plecs que regixen l'esmentada contractació).

En atenció a este criteri d'exclusivitat, la Conselleria de Benestar Social ha tramitat expedients de contractació per procediment negociat, des de l'any 2008 de conformitat amb el que disposen els articles 138.2 i 172.a del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, en les diferents zones i amb les empreses adjudicatàries de l'expedient tramitat en l'exercici 2001, a fi d'ampliar el nombre de places d'accessibilitat social amb les quals compta esta Comunitat. De la mateixa manera, la tramitació dels distints expedients de contractació per procediment negociat es deriva de la necessitat de continuar atenent les persones majors dependents ja ingressades en els centres corresponents, (a títol indicatiu, s'adjunta còpia del plec, per procediment negociat, d'una de les zones, actualment en vigor).

La publicació de la Llei 14/2013, de 27 de setembre, de Suport als Emprenedors i la seua internacionalització, estableix mesures per a impulsar la contractació pública amb empenedors. Entre altres, l'article 45 d'esta norma conté la prohibició de discriminació a favor de contractistes previs en els procediments de contractació pública, i indica expressament:

'1. En els seus procediments de contractació, els ens, organismes i entitats integrants del sector públic no podran atorgar cap avantatge directament o indirectament a les empreses que hagen contractat prèviament amb qualsevol administració.

2. Seran nul·les de ple dret totes aquelles disposicions contingudes en disposicions normatives amb força o sense de llei així com en actes o resolucions emanades de qualsevol òrgan del sector públic que atorguen, de forma directa o indirecta, avantatges a les empreses que hagen contractat prèviament amb qualsevol administració.'

El tenor literal del precepte porta a qüestionar-se la seua incidència en la tramitació de nous procediments negociats per a la cobertura de places d'accessibilitat social derivades de la contractació inicial de l'any 2001, i es basa en la clàusula d'exclusivitat.

En atenció al que exposa i de conformitat amb allò que es preveu en l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana i es regulen els registres oficials de contractes i de contractistes i empreses classificades de la Comunitat Valenciana i les garanties globals, en concordança amb l'article 9 de l'Orde d'11 de juny de 2001, de la Conselleria d'Economia, Hisenda i Ocupació, per la qual es regula el règim intern de funcionament de la Junta Superior de Contractació Administrativa, se sol·licita l'emissió d'informe sobre les qüestions següents:

- Abast del contingut de l'article 45 de la Llei 14/2013, de 27 de setembre, de Suport als Emprenedors i la seua internacionalització, quant a l'establiment de la prohibició de discriminació a favor de contractistes previs en els procediments de contractació pública.

- *Aplicabilitat de la clàusula d'exclusivitat recollida en l'expedient inicial de creació de 9.000 places residencials després de la vigència de l'article 45 de la Llei 14/2013, així com la seua incidència en els procediments negociats derivats del primer.*

- *Idoneïtat de la tramitació d'un procediment obert per a la contractació de les places d'accessibilitat que superen el terç contractat inicialment."*

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

Les qüestions plantejades en la consulta formulada per la Conselleria de Benestar Social suggerixen un dubte més que raonable sobre si continua sent d'acord amb el dret, especialment després de la promulgació de la Llei 14/2013, de suport als emprenedors i la seua internacionalització, l'exclusivitat atribuïda en la seua respectiva zona als adjudicataris d'un contracte administratiu especial d'atenció residencial a persones majors, adjudicat l'any 2001 per mitjà d'un procediment obert i per concurs, per a la creació i posada a disposició de la Conselleria de places residencials per a persones majors en cada una de les zones d'atenció gerontològica establides per la Conselleria.

Esta contractació es regix per un plec de clàusules administratives particulars (PCAP d'ara en avant), de 5 de febrer de 2001, redactat basant-se en la normativa llavors vigent, constituïda principalment pel text refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, aprovat per Reial Decret Legislatiu 2/2000 i el Reial Decret 390/1996, d'1 de març, de Desplegament Parcial de La Llei 13/1995, de Contractes de les Administracions Públiques. El termini del contracte és de 15 anys a partir de l'inici de la prestació del servei, la qual havia d'iniciar-se com a màxim dins dels 3 anys següents a l'adjudicació i, d'acord amb l'estimació de la Conselleria, este termini finalitzaria entre 2018 i 2023, suposem que segons les zones i els distints moments en què es va iniciar la prestació del servei assistencial.

De la consulta i de la documentació remesa per la Conselleria es desprén també que, a més de en este contracte administratiu especial, tal exclusivitat conferida als seus adjudicataris s'ha aplicat i s'ha fet efectiva en contractacions successives adjudicades des de 2008 per procediment negociat, en el qual s'exigix com a obligació de l'adjudicatari "*ser titular d'un dels centres creats basant-se en el contracte administratiu especial per a la creació i posada a disposició de la Conselleria de Benestar Social de places residencials per a persones majors [...], així com de places adjudicades en procediments anteriors per a continuar oferint-les en este procediment*" Així es disposa en la clàusula 2.2.A del PCAP d'11 de febrer de 2013, del contracte per a mantindre durant 11 mesos la posada a disposició de places d'accessibilitat social en la zona 1 d'atenció gerontològica a la Comunitat Valenciana, remés com a exemple.

Doncs bé, en successives i noves contractacions, no cap el menor dubte que tal obligació de ser titular d'un dels centres creats pel contracte administratiu especial de 2001 constituïx en realitat un requisit que, o bé restringix les possibilitats de contractació a les empreses que van contractar

amb la Conselleria de Benestar Social en aquella ocasió, sempre que mantinguen la titularitat d'un dels centres creats, o bé obliga a qualsevol altra empresa a adquirir prèvia o simultàniament esta titularitat per a poder participar en estes contractacions. Per tant, respecte de la primera qüestió plantejada en la consulta de la Conselleria de Benestar Social, entenem que l'esmentada obligació constituïx clarament una discriminació en favor dels adjudicataris del contracte administratiu especial de 2001 que resulta, segons el nostre parer, incompatible amb la prohibició d'atorgar avantatges directes o indirectes a les empreses que hagen contractat prèviament amb l'Administració, establida en l'article 45 de la Llei 14/2013, de 27 de setembre, de suport als emprenedors i la seua internacionalització, amb caràcter de norma bàsica.

En l'esmentada Llei 14/2013, de la qual la entrada en vigor en el que ací ens afecta es va produir el 29 de setembre de 2013, s'ha disposat que seran nuls tots els actes o resolucions emanades d'òrgans del sector públic que atorguen, directament o indirectament, avantatges a les empreses que hagen contractat prèviament amb l'Administració, i s'ha donat una nova redacció a l'article 32 del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, aprovat per Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (TRLCSP), i s'afeg un nou apartat *d*, per a incloure esta circumstància com una de les causes de nul·litat de la contractació administrativa.

A més, la veritat és que, tal com consta en la clàusula 11.2 del PCAP d'11 de febrer de 2013 remés com a exemple, la clàusula que va establir la qüestionada exclusivitat en favor de les empreses adjudicatàries del contracte administratiu especial de 2001 s'ha utilitzat, més enllà d'este últim contracte, per a justificar el recurs al procediment negociat en noves adjudicacions de contractes qualificats també com a contractes administratius especials, i es considera impròpiament que basant-se en esta exclusivitat es dóna el supòsit previst en l'article 172. *a* del TRLCSP, quan este precepte el que estableix és que els contractes de gestió de servicis públics es podran adjudicar per eixe procediment quan no siga possible promoure la concurrència en l'oferta, però res diu dels contractes administratius especials.

Tot això ens porta a la conclusió que l'aplicabilitat de la clàusula d'exclusivitat establida en el contracte administratiu especial de 2001 queda restringida a l'execució d'este contracte i no pot ser invocada en noves i successives contractacions que haurien de ser adjudicades pels procediments que corresponguen als seus respectius imports, tipus de contracte que procedisca i la resta de circumstàncies, d'acord amb el règim jurídic aplicable de conformitat amb el que disposa el vigent TRLCSP.

Per a això, s'ha de tindre en compte que ja la Llei 30/2007, de Contractes del Sector Públic, en definir els contractes de servicis de forma d'acord amb les directives europees, va suposar un canvi radical en el qual concernix a la tipificació d'un contracte com a contracte administratiu especial, qualificació que es troba restringida als contractes així qualificats per una llei o a aquells l'objecte dels quals és diferent dels d'obres o de concessió d'obra pública, de gestió de servicis públics, de subministrament o de servicis, així com de col·laboració publicoprivada, i queden inclosos els servicis de salut i de benestar social entre les prestacions que són objecte d'un contracte de servicis. Actualment, esta regulació es manté en estos mateixos termes en els articles 10 i 19 del TRLCSP.

En conseqüència, no és possible continuar qualificant com a contractes administratius especials els adjudicats per procediment negociat com el remés per la Conselleria a títol d'exemple. Excepte en el supòsit de gestió indirecta per mitjà d'un contracte de gestió de servicis públics, s'han de qualificar com a contractes de servicis dels definits en l'article 10 del TRLCSP els contractes que tenen per objecte les prestacions de servicis socials compreses en la categoria 25 de l'annex II. Esta categoria comprén expressament els servicis d'assistència social, amb allotjament o sense, i en particular els servicis de benestar social prestats a persones majors. El propi plec remés per la Conselleria determina el codi del CPV corresponent al contracte (85311100-3 Servicis de benestar social proporcionats a ancians) que deterrmina la seua inclusió en l'esmentada categoria 25 de contractes de servicis.

Al contrari, si la Conselleria opta per la gestió indirecta dels servicis d'assistència social a persones majors que siguen de la seua competència, haurà de recórrer al contracte de gestió de servicis públics regulat en els articles 275 i següents del TRLCSP, entre les modalitats dels quals es troba la possibilitat del concert amb empreses o entitats que prestén servicis com els que constituïxen l'objecte de la contractació. No obstant això, s'ha de tindre en compte, també, que seguix vigent i és d'aplicació el que estableix l'article 183 del Reglament General de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques.

CONCLUSIONS

PRIMERA. Des de l'entrada en vigor de la Llei 14/2013, de 27 de setembre, de suport als empedadors i la seua internacionalització, són causes de nul·litat en la contractació administrativa totes aquelles disposicions, actes o resolucions de qualsevol òrgan de contractació del sector públic que atorguen, de forma directa o indirecta, avantatges a les empreses que hagen contractat prèviament amb qualsevol Administració. L'exclusivitat o preferència d'empreses en la contractació dels servicis de benestar social, basada únicament a haver sigut adjudicatàries d'un contracte anterior, s'ha de considerar un atorgament d'avantatges i una restricció a la competència incompatible amb allò que s'ha disposat en esta Llei i en el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic (TRLCSP).

SEGONA. Excepte en el supòsit de gestió indirecta per mitjà d'un contracte de gestió de servicis públics, s'han de qualificar com a contractes de servicis dels definits en l'article 10 del TRLCSP els contractes que tenen per objecte les prestacions de servicis socials compreses en la categoria 25 de l'annex II, i adjudicar-se pel procediment que siga adequat a l'import i a les circumstàncies de cada contracte.

TERCERA. L'exclusivitat no pot ser invocada en noves i successives contractacions que haurien de ser adjudicades pels procediments que corresponguen als seus respectius imports, tipus de contracte que procedisca i la resta de circumstàncies, d'acord amb el règim jurídic aplicable de conformitat amb el que disposa el vigent TRLCSP.

El present informe s'emeta a l'empareda del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en este últim cas.

LA SECRETÀRIA DE LA JUNTA

EL PRESIDENT DE LA JUNTA
(Per substitució, art. 1.a Orde
d'11 de juny de 2001, DOGV 17.07.2001)

Margarita Vento Torres

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA, en data 18 de febrer de 2014.

Carmela Cots Soler
VICEPRESIDENTA