

Informe 10/2009, de 13 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Modelos tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares para la adjudicación de contratos de gestión de servicios públicos, modalidad concesión, por procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación.

I - ANTECEDENTES

El Director Gerente del Instituto Aragonés de Servicios Sociales, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante oficio de fecha 30 de abril de 2009, en el que solicita informe de los modelos tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos, modalidad concesión, por procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación.

Se acompaña al oficio del Director Gerente del Instituto Aragonés de Servicios Sociales del Gobierno de Aragón, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y el informe favorable de la Asesoría Jurídica de la Diputación General de Aragón de fecha 8 de abril de 2009, preceptivo de acuerdo con lo previsto en el Decreto 167/1985, de 19 de diciembre, de la Diputación General de Aragón por el que se regula la organización y funcionamiento de la Asesoría Jurídica de la Diputación General de Aragón.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el 13 de mayo de 2009, acuerda Informar lo siguiente:

II - CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

De conformidad con el artículo 3.1. f) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, a esta Junta Consultiva de Contratación le corresponde informar con carácter preceptivo los modelos tipo de pliegos particulares de general aplicación.

II. Naturaleza y régimen jurídico de los contratos de gestión de servicios públicos.

Los contratos de gestión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE, que sí ha incluido expresamente a los de concesión de obra pública.

A diferencia de la Directiva 92/50/CEE, la Directiva 2004/18/CE define el concepto de concesión de servicios en su artículo 1 como *los contratos que presenten las mismas características que un contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio*, para luego excluirlo en su artículo 17 de su ámbito de aplicación, *sin perjuicio de las disposiciones previstas en el artículo 3*, artículo en el que se establece una garantía de respeto al principio de no discriminación por razones de nacionalidad en relación con los contratos de suministro que pueda adjudicar el contratista gestor del servicio público.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) define el contrato de gestión de servicios públicos en su artículo 8 como *aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante.*

En coherencia con su no inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE, el artículo 13 LCSP tampoco los califica como contratos sujetos a regulación armonizada por lo que no le será de aplicación el régimen especial de publicidad ni el recurso especial propio de estos contratos, a excepción de los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 € y el plazo de duración superior a cinco años, para los que el artículo 37.1 LCSP prevé aplicable el recurso especial de revisión en materia de contratación y el artículo 38 medidas provisionales.

“Tampoco procederá aplicar las normas comunitarias en materia de contratación pública o de concesiones de servicios públicos en el caso de que una autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios, administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo sin recurrir a entidades externas” (Sentencia TJCE, de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/2003, Parking Brixen GMBH).

Así, el apartado 2º del citado artículo 8 LCSP, que mantiene básicamente la redacción del 154 TRLCAP, señala que *las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se*

atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

Es importante destacar que los contratos de este tipo concluidos con sociedades de capital público *mayoritario* deberán adjudicarse con arreglo a lo previsto en la LCSP (Informe 24/2000, de la JCCA del Estado).

El legislador atribuye a las Administraciones Públicas una amplia capacidad de opción entre la gestión directa y a gestión indirecta de los servicios públicos (mediante contrato de gestión), tan sólo limitada por la prohibición de gestionar indirectamente aquellos servicios que impliquen ejercicio de autoridad pública (artículo 251 LCSP).

En cuanto al régimen jurídico de los contratos de gestión de servicios públicos, se califican como contratos administrativos (artículo 19 LCSP) a los que son de aplicación las disposiciones de la LCSP -salvo determinados artículos señalados en el artículo 252 LCSP referidos a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos y en el 262 relativo a la resolución- y las especiales del respectivo servicio, en cuanto no se opongan a la LCSP.

Como presupuesto, configurado como actuación preparatoria del contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 116 LCSP, se exige *establecer el régimen jurídico del servicio para que la Administración declare expresamente que la actividad de que se trata (recuérdese lo dispuesto en el artículo 8) quede asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, se atribuyan competencias administrativas ,se determine el alcance a favor de las prestaciones de los administrados y se regulen los aspectos jurídicos, económicos y administrativos de la prestación del servicio.*

Así mismo, incorpora una importante novedad la redacción del artículo 257 LCSP, dedicado a las prestaciones económicas del contrato de gestión de

servicios públicos, al recoger expresamente como garantía del derecho del contratista a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización.

En consecuencia, dos son los presupuestos básicos que deben concurrir para que un contrato pueda calificarse como de “gestión de servicios públicos” y distinguirse del contrato de servicios cuyo alcance se ha visto ampliamente extendido con la vigente LCSP:

1. Que la prestación haya sido asumida como servicio propio de la competencia de la Administración que contrata.
2. Que el contratista asuma el derecho a la explotación del servicio, lo cual supone asumir el riesgo vinculado a la explotación, que podrá ser mayor o menor según la modalidad del contrato de gestión de servicio público elegida.

Así mismo, todo contrato de gestión de servicios públicos que prevea la ejecución de obras, deberá incorporar a la tramitación del expediente como actuación preparatoria, el anteproyecto de explotación y del correspondiente a las obras precisas, siendo de aplicación en este supuesto los preceptos de la CSP para la concesión de obras públicas (artículo 117 LCSP).

III. Modalidades de la contratación de la gestión de servicios públicos: la concesión de servicio público.

El artículo 253 LCSP enumera las distintas modalidades de contratación de la gestión de servicios públicos, sin incorporar novedades en relación con la regulación anterior.

La primera de ellas –letra a)- es la concesión, *por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura*. El hecho, pues, de que el prestador del servicio asuma totalmente el riesgo de explotación del mismo, el riesgo económico derivado de la prestación de la actividad, es una

característica esencial de la concesión de servicios públicos y uno de los aspectos que permite distanciar esta modalidad contractual del contrato público de servicios y de otras modalidades de gestión indirecta de servicios públicos como la gestión interesada.

En este sentido se pronuncia igualmente la sentencia TJCE, asunto C-382/05, de 18 de julio de 2007, cuando señala "..., según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consista en el derecho del prestador a explotar su propia prestación y suponga que éste asume el riesgo vinculado a la explotación de los servicios de que se trata (véase la sentencia de 7 de diciembre de 2000, Teleaustria y Telefonadress, C-324/98 y el auto de 30 de mayo de 2002, Buchhändler- Vereinigung, C-358/00, así como la sentencia Parking Brixen, antes citada).

III. Estructura y contenido de los Pliegos. Observaciones y recomendaciones.

Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares presentados constan de:

- a) un cuadro resumen del contrato, compuesto de una serie de apartados, identificados alfabéticamente desde las letras A mayúscula a O mayúscula.
- b) Un clausulado, precedido del correspondiente índice, con dos apartados diferenciados; el primero se refiere al procedimiento de adjudicación y el segundo, a las cláusulas administrativas, dividido, a su vez, en subapartados.
- c) Trece anexos que se relacionan con números romanos del I al XIII.

Se observa, en primer lugar, que se ha utilizado como base el modelo de **"Pliegos de Cláusulas Administrativas para adjudicación de contratos de**

obras, servicios y suministros mediante procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación”, que fueron informados por esta Junta el 13 de mayo de 2008 (Informe 3/2008), adaptado y singularizando sus cláusulas en lo relativo a la tipología del contrato. Así:

1 Se han suprimido adecuadamente de la carátula y del clausulado las referencias a la sujeción -o no- del contrato a regulación armonizada, puesto que este tipo de contrato, tal y como ya se ha señalado, no estará nunca sujeto a regulación armonizada.

2 Se han recogido en la cláusula 2.3.3, relativa a la garantía definitiva, las previsiones de la LCSP que, por otro lado, ha hecho desaparecer el régimen específico de garantías en contratos de gestión de servicios públicos regulado en el artículo 38 TRLCAP.

3 Se ha adaptado el plazo de duración del contrato a lo previsto en los artículos 254 y 258.4.b) y c) LCSP). Se ha optado por establecer un plazo máximo de 25 años en cualquier caso, con independencia de que el contrato de gestión de servicio público comprenda o no la realización de obras, si bien se prevé la posibilidad de que se exija su realización en la ejecución del contrato (Anexo XII). No obstante, sería aconsejable que en la cláusula 2.5.1 se estableciera expresamente la obligación del contratista de realizar, en su caso, las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación.

4 Se ha previsto la incorporación de documentación adicional en el denominado Sobre nº 1 a los efectos de poder valorar la preferencia en la adjudicación en el supuesto de empate, pero no se recoge expresamente, tal y como exige la DA 6ª LCSP esta opción en el supuesto de empate dentro de las cláusulas relativas a valoración- clasificación de ofertas, por lo que se recomienda su inclusión.

5 Las cláusulas relativas a la ejecución del contrato se han adaptado al régimen jurídico propio del contrato de gestión de servicios públicos. Al no ser de aplicación las previsiones del artículo 196, apartados 2-7 (*incumplimiento por demora*), 197 (*resolución por demora y prórroga de los contratos*), 203 (*suspensión de los contratos*) y 205 (*cumplimiento de los contratos y recepción de la prestación*)- LCSP, excluidos expresamente por el artículo 252 LCSP, se incluyen previsiones específicas y propias del contrato de gestión de servicios públicos, de conformidad con lo establecido en los artículos 255 y siguientes LCSP. De este modo:

- Se incorpora la conservación por parte de la Administración, de sus poderes de policía, necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios que como titular del servicio le corresponde (artículo 255.2 LCSP).

- Se recogen previsiones para mantener el régimen económico del contrato, en los supuestos previstos en el artículo 258.4 y mediante las medidas previstas en su apartado 5º. En concreto, se recoge en el modelo de pliego tipo la posibilidad de que *un cambio de normativa respecto de las cantidades a aportar por los usuarios afectase al régimen financiero del contrato, la Administración compensará al contratista de manera que se mantenga el equilibrio económico contractual*. Esta previsión podría considerarse incluida dentro del supuesto de hecho genéricamente dibujado por la letra b) del artículo 258.4 y además, es un supuesto de modificación del contrato previsto en el artículo 258.1 LCSP, por lo que se estima correcto.

- En la cláusula 2.5.4 se recoge el supuesto de intervención del servicio en supuestos de perturbación grave e irreparable en el servicio público por incumplimiento del contratista, considerada correcta, si bien por razones de orden y sistemática del pliego, convendría recoger antes las obligaciones de las

partes, el cumplimiento del contrato y las consecuencias de los incumplimientos (penalidades, resolución), para acabar con la intervención del servicio.

- La cláusula dedicada a penalidades por incumplimiento de obligaciones no regula las originadas como consecuencia de demoras en el plazo, por no ser aplicables a esta modalidad contractual los apartados 2 a 7 del artículo 196 LCSP, por lo que habrá que eliminar del Anexo IX la referencia al artículo 196.4.

- Se incorpora la limitación de la subcontratación a la exclusiva realización de prestaciones accesorias del contrato (artículo 265 LCSP). Debe, por lo tanto suprimirse de la carátula el carácter opcional de efectuar la declaración de subcontratación, puesto que el Pliego la exige de modo obligatorio.

- Se dedica una cláusula a los *abonos y aportaciones al contratista*. En ella se dispone que *el pago del servicio se efectuará en la forma prevista en el Pliego de Prescripciones Técnicas*. En este sentido, conviene señalar que el artículo 257 LCSP ha venido a completar la regulación del anterior TRLCAP -que se limitaba a enunciar *el derecho del contratista a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato-*, especificando que, entre ellas, *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*. Así, es esencial que se transfiera el riesgo de la explotación al concesionario, siendo ya indiferente desde el punto de vista conceptual, que la retribución se perciba de los usuarios o de la Administración, o una combinación de ambas.

Del mismo modo, deberán observarse lo dispuesto por el artículo 67.4 del vigente RGLCAP en sus apartados c), d) y e).

- Se incorporan obligaciones específicas del concesionario como prestar el servicio con la continuidad convenida y respetar el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad en los suministros que adquiera como consecuencia de su contrato con la Administración. Se le impone, así mismo, la obligación de contar con una póliza de seguros para la ejecución del contrato cuya cobertura específica se señalará para cada licitación en el Anexo IV. En este sentido, debería incorporarse como causa de resolución del contrato el incumplimiento de dicha obligación, dado que se le va a exigir a quién ya es adjudicatario definitivo del contrato.
- Se incorpora una previsión específica en relación con la protección de datos de carácter personal, de especial relevancia en este tipo contractual.
- No se termina de comprender con la redacción de la cláusula 2.6.3.6 cuando debe presentar, en su caso, el empresario el programa o plan operativo, por lo que conviene aclararlo.
- Se incorpora acertadamente un Anexo –sería deseable que fuera el primero en lugar del último- relativo al régimen jurídico específico donde se recogerán, en cada licitación, las disposiciones especiales del respectivo servicio que serán de aplicación al contrato.

6 Respecto del resto de cláusulas generales, cabe hacer las siguientes observaciones:

- En la cláusula 2.2.4.1, entendemos que por error, se indica que la presentación del certificado del Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón exime de la presentación del documento relativo al compromiso de adscripción de medios y de la declaración relativa a la subcontratación. Sin embargo, no hace referencia a la exención de presentar la

declaración de incompatibilidades, prohibiciones y hallarse al corriente de obligaciones tributarias y de la Seguridad Social, declaración incluida en el certificado del Registro.

- Igualmente resulta recomendable incluir en el pliego la admisibilidad de los certificados de inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado y redactar en congruencia la Cláusula 2.4 relativa a la formalización del contrato.

7 En cuanto a las cláusulas relativas a los actos de la mesa de contratación y adjudicación del contrato debe incluirse la referencia a los recursos que proceden, pudiendo servir de orientación en la redacción los Informes 18/2008, de 21 de julio y 7/2009, de 15 de abril, de esta Junta Consultiva y lo señalado en la Consideración Jurídica II del presente informe.

8 En lo que respecta la Cláusula 2.3.3 Garantía Definitiva, resulta recomendable incluir la referencia de la posibilidad de instrumentarla como retención en el precio, adaptando para ello el apartado L de la carátula.

9 Se echa en falta la referencia a la jurisdicción competente para conocer de los litigios que puedan surgir dentro del procedimiento de contratación o, como consecuencia de la ejecución del contrato, ya que en la cláusula 2.9. únicamente se hace mención a los acuerdos que dicte el órgano de contratación en el ejercicio de sus prerrogativas.

III. CONCLUSIONES

I. El Pliego tipo de Cláusulas Administrativas Particulares para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos, modalidad concesión, por procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación, incluye, de acuerdo

con lo dispuesto en el artículo 99 LCSP, los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes y recoge el régimen jurídico, económico y administrativo al que se ajustarán los contratos que celebre el Departamento de Servicios Sociales y Familia, informando favorablemente esta Junta su aprobación, en la forma en que se haya redactado, con las observaciones y sugerencias realizadas, pudiendo ser extensivos, previa aprobación del órgano competente, al resto de Departamentos del Gobierno de Aragón.

II - Informar favorablemente el Pliego Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a los contratos gestión de servicios públicos, modalidad concesión, por procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación, con las observaciones manifestadas, para su aprobación por el órgano de contratación.

Informe 10/2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 13 de mayo de 2009.