

Informe 9/2014, de 2 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Régimen jurídico de la acreditación de la solvencia en los procedimientos de contratación y de la exigencia de clasificación en los contratos de servicios. Clasificación exigible en los contratos de servicios relativos a determinadas prestaciones sanitarias.

I. ANTECEDENTES

La Directora Gerente del Servicio Aragonés de Salud, se dirige con fecha 18 de febrero de 2014, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«El Servicio Aragonés de Salud se ha planteado la necesidad de contratar externamente la realización de una serie de prestaciones sanitarias, cuya competencia tiene atribuidas al estar incluida en su cartera de servicios, (las cuales se relacionan a continuación), con la finalidad de mejorar la asistencia de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma de Aragón, la cual no puede ser atendida adecuadamente al carecer de medios propios personales ni materiales suficientes, de acuerdo con la Orden 27 de abril de 2007, que regula la acción concertada en materia de prestación de servicios sanitarios:

- *Diálisis peritoneal domiciliaria y la hemodiálisis domiciliaria para pacientes con Insuficiencia Renal Crónica.*
- *Diálisis Hospitalaria: tratamientos renales sustitutivos en la modalidad de hemodiálisis en una unidad de pacientes crónicos en centro hospitalario.*
- *Procedimientos diagnósticos en instalaciones fijas y móviles (Mamografía, Tomografía Axial Computerizada -TAC-, Tomografía por Emisión de Positrones -PET-, Resonancia Magnética, Ecografía, Cápsula Endoscópica, Neurofisiología, Alergología e Inmunología Clínica y Medicina Nuclear).*

La gestión de dichos servicios reúne las siguientes características:

- *El sistema de fijación del precio del contrato, es el de precios unitarios, en el que la contraprestación por parte de la Administración consiste en el pago de una cantidad por sesión o procedimiento realizado.*
- *El número de prestaciones a realizar no puede definirse con exactitud al tiempo de licitar el contrato por cuanto se halla subordinado a las necesidades finales del sistema público de salud en función de su propia capacidad de atender la demanda o de la reducción de las listas de espera.*
- *La demanda de los servicios puede considerarse en cierta forma como constante, por cuando el contrato se cuantifica sobre valores estimados promedio obtenidos en datos históricos de los pacientes finales que son derivados.*

De las citadas características puede entenderse que no existe una transferencia del riesgo de la explotación del servicio al contratista, en los términos que se definen en el Informe 2/2014, de 22 de enero de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (JCCA Aragón):

“En este sentido, se puede extraer de la jurisprudencia del TJUE las siguientes consideraciones:

a) El riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de desajuste entre la oferta y la demanda, el riesgo de insolvencia de los deudores por los precios de los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio..”

Por lo que de acuerdo con dicho Informe 2/2014, los citados servicios deberían ser calificados como contrato de servicios, aun cuando sea posible incorporar ciertas cláusulas propias del régimen jurídico del contrato de gestión de servicio público a los pliegos que han de regir la ejecución de los mismos.

Uno de los principales elementos diferenciadores entre el régimen jurídico aplicable a los contratos de servicios y el de los contratos de gestión de servicios públicos es el de la clasificación exigible como medio de acreditación de la solvencia.

Bien es cierto que el artículo 65 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que regula la exigencia de clasificación, ha sido objeto recientemente de una profunda modificación, mediante la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, y muy especialmente por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación de registro de facturas en el Sector Público.

Sin embargo la citada Ley 25/2013 establece un régimen transitorio aplicable a la modificación sobre clasificación de las empresas y a los requisitos de solvencia, supeditada a un ulterior desarrollo reglamentario, que puede generar

ciertas dudas en cuanto a que preceptos utilizar en cuanto a los criterios de solvencia o clasificación que pueden ser exigidos.

La propia Abogacía General del Estado, ha emitido su Circular 1/2014 de 4 de febrero, al objeto de unificar doctrina “ante las dudas que la aplicación de dicho régimen transitorio están suscitando a distintas Abogacías del Estado.”

La Abogacía General del Estado considera que:

“- Mantiene la vigencia transitoria del artículo 25.1, párrafo primero, del TRLCAP, en tanto no se apruebe el desarrollo reglamentario de continua referencia.

En consecuencia, la entrada en vigor del nuevo apartado 1 del artículo 65 del TRLCSP, en la redacción dada por la Ley 25/2013 y en los aspectos relativos al ámbito de aplicación y exigibilidad de la clasificación, no se producirá hasta la aprobación de las normas reglamentarias que establezcan los grupos, subgrupos y categorías en los contratos de obras y servicios, manteniendo hasta entonces su vigencia el artículo 25.1, párrafo primero, del TRLCAP.”

“- El último párrafo de la nueva disposición transitoria cuarta del TRLCSP mantiene la redacción dada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, indicando que resultan aplicables, sin necesidad de desarrollo reglamentario, los límites cuantitativos a los que se venía supeditando la exigencia de clasificación. En consecuencia, no es exigible la clasificación de los contratos de obras cuyo valor es-timado sea inferior a 500.000 euros ni en los contratos de servicios cuyo valor estimado sea inferior a 200.000 euros.”

“- Por último, y es aquí donde se introducen novedades por la Ley 25/2013, la entrada en vigor de la nueva redacción de los artículos 75, 76, 77, 78 del TRLCSP y del nuevo artículo 79 bis de este texto legal se supedita a lo que se establezca en las normas reglamentarias por las que se definan los requisitos, criterios y medios de acreditación que con carácter supletorio se establezcan para los distintos tipos de contratos. A falta de especificación por el legislador, hay que entender que, hasta entonces, continúan vigentes los medios de acreditación de solvencia recogidos en la redacción preexistente de los citados preceptos, esto es, los artículos 75, 76, 77 y 78 del TRLCSP en su redacción anterior a la Ley 25/2013.”

Este criterio es compartido por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (en adelante TACPA), el cual en su Acuerdo 11/2014, de 20 de febrero de 2014, indica que comparte el criterio por motivos de seguridad jurídica.

En consecuencia, si se aplica el criterio sostenido por la Abogacía General del Estado y el TACPA, en los contratos objeto de esta consulta, que tienen un valor estimado muy superior a los 207.000 €, debería exigirse clasificación.

No obstante lo anteriormente expuesto, y en lo que respecta a contratos de servicios sanitarios como lo son los que originan esta consulta, el TACPA en su Acuerdo 11/2014 citado anteriormente, indica que “la exigencia de clasificación

en contratos de servicios sanitarios o de servicios sociales queda condicionada a un desarrollo reglamentario que no se ha producido” y hace referencia al informe 26/09, de 1 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, sobre “ Exigencia de clasificación en los contratos de servicios cuya prestación tenga por objeto la gestión de servicios sociales. Calificación del contrato” que concluye que “no es exigible clasificación a las empresas licitadoras en estas modalidades contractuales hasta tanto no se apruebe el desarrollo reglamentario en el que se establezcan los grupos y subgrupos en que las empresas que realicen esta actividad deban estar clasificadas.”

Abundando en lo anterior y en cuanto al grupo de clasificación exigible a las empresas que realizan esta actividad, dicho Acuerdo 11/2014, sostiene que” ni si quiera en el grupo N “Servicios Cualificados” o en el U “Servicios Generales” cabe incluirlos, pues tanto uno como otro hacen referencia en sus distintos subgrupos a actividades de naturaleza muy diferente. Y “que resulta así, que aunque hay que calificar a estos contratos como contratos de servicios, las normas de desarrollo de la anterior Ley de Contratos, aun vigentes, no contemplan supuesto alguno que permita otorgar clasificación a ninguna de estas empresas.”

Sin embargo el anexo I del Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, recoge en el Grupo N “Servicios Cualificados” el subgrupo I “Actividades médicas y sanitarias” que aglutina “los trabajos médicos y sanitarios prestados en hospitales, clínicas, sanatorios, consultorios y balnearios o en centros distintos de los anteriores; campañas preventivas y de vacunación; rehabilitación y fisioterapia.”

La existencia de este subgrupo específico de actividades médicas y sanitarias, como entendemos que son la diálisis hospitalaria, diálisis peritoneal domiciliaria y los procedimientos diagnósticos, nos lleva a preguntarnos los motivos por los que el TACPA (Acuerdo 11/2014) y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, indican que no existe grupo en el que se pueda clasificar una empresa que realiza servicios sanitarios.

Por otro lado, la tradicional calificación de la acción concertada en materia sanitaria como contrato de gestión de servicios públicos, hace que un muy importante número de las empresas prestadoras de procedimientos diagnósticos, terapéuticos y/o quirúrgicos que han venido siendo adjudicatarias de los conciertos convocados por los servicios gestores del Sistema Nacional de Salud carezcan o puedan carecer del requisito que clasificación, ahora sí exigible si el contrato se considera como de servicios.

Dicha circunstancia, a juicio de este Organismo, puede generar cierta distorsión en la competencia real en la licitación de esta serie de servicios. Hay que tener en cuenta que la obtención de clasificación requiere la tramitación de un expediente que puede demorarse varios meses, hasta un máximo de seis, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Adicional Tercera del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre.

Por otro lado el régimen de la clasificación exigible en los contratos de servicios se encuentra en trance de desaparecer. En primer lugar la Ley 14/2013 incrementó los umbrales de exigencia, para facilitar el acceso a las empresas de menor tamaño y posteriormente la Ley 25/2013 eliminó el requisito, si bien condicionado a un desarrollo reglamentario posterior.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), en su artículo 66.1, permite que:

“Excepcionalmente, cuando así sea conveniente para los intereses públicos, la contratación de la Administración General del Estado y los entes organismos y entidades de ella dependientes con personas que no estén clasificadas podrá ser autorizada por el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. En el ámbito de las Comunidades Autónomas, la autorización será otorgada por los órganos que éstas designen como competentes.”

El 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, en su artículo 3.1, letra d), indica que corresponde a dicho órgano informar con carácter preceptivo la “autorización del Gobierno de Aragón para la celebración de contratos con personas no clasificadas cuando el requisito de la clasificación fuera en principio exigible”.

De acuerdo con lo expuesto se plantean las siguientes cuestiones:

1ª Si esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón comparte el criterio mantenido por la Abogacía General del Estado en su Circular 1/2014, (ratificado posteriormente por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón) en el sentido de que se mantienen plenamente vigentes, en tanto no se produzca el desarrollo normativo previsto en la Ley 25/2013, los siguientes preceptos:

El artículo 25.1, párrafo primero, del Texto Refundido de la Ley de las Administraciones Públicas, en cuanto a la exigencia de clasificación.

La redacción actual (previa a la Ley 25/2013) de los artículos 75, 76, 77 y 78 del TRLCSPP, en cuanto a los medios de acreditación de la solvencia.

2ª Si se considera que el Grupo N “Servicios Cualificados” y concretamente en el subgrupo I “Actividades médicas y sanitarias” constituye el grupo y subgrupo en el que deben de estar clasificadas las empresas que realizan las actividades de diálisis peritoneal domiciliaria y la hemodiálisis domiciliaria, diálisis hospitalaria y procedimientos diagnósticos en instalaciones fijas y móviles y en caso contrario qué tipo de servicios médicos son los que engloban el Grupo N subgrupo I mencionado.

3ª Que dado el carácter provisional del mantenimiento de la exigencia del requisito de clasificación en los contratos de servicios, unido a la modificación de los criterios que han de tenerse en cuenta para calificar un contrato como de

servicios en lugar que de servicios públicos (expuestos en su Informe 2/2014, de 22 de enero), si esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón entiende que en los contratos que tienen por objeto la concertación con empresas para la realización de procedimientos de asistencia sanitaria (que deban ser considerados como servicios) concurren las circunstancias de interés público que permitan excepcionalmente contratar con empresas no clasificadas.

Y de ser afirmativa la respuesta a esta tercera cuestión, se ruega se emita el informe preceptivo previsto en el artículo 3.1, letra d) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la C.A. de Aragón, previo a la autorización por el Gobierno de Aragón.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, en el ejercicio de la legitimación activa que le reconoce el artículo 6.d) del citado Reglamento de funcionamiento de la JCCAAr se ruega se emita el informe solicitado».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el 2 de abril de 2014, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

Se suscita en el escrito de consulta cual es el régimen jurídico aplicable actualmente a la acreditación de la solvencia en los procedimientos de contratación y a la exigencia de clasificación en los contratos de servicios, y más en concreto en los que tienen por objeto determinadas prestaciones sanitarias.

Asimismo se solicita que, en el caso de que la Junta considere necesaria la clasificación para concurrir a la licitación de esos contratos, emita el informe previsto en el artículo 3.1 d) del Decreto 81/2006, que permita excepcionarlos de este requisito por acuerdo del Gobierno de Aragón.

La petición de informe ha sido formulada por órgano legitimado, tal y como exige el artículo 6 a) del mencionado Decreto 81/2006.

II. Régimen aplicable a la exigencia de solvencia y clasificación en los contratos públicos.

La regulación contenida en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo TRLCSP), sobre la forma de acreditar la solvencia económica y financiera, y la exigencia y efectos de la clasificación, ha sido modificada por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público (en adelante Ley 25/2013), mediante la Disposición final tercera, apartados tres, cuatro y ocho. En concreto se han modificado los artículos 65, 76, 77 y 78 y la Disposición transitoria cuarta, y se ha introducido un nuevo artículo 79 bis.

La Ley 25/2013, realiza una profunda reforma del régimen de exigencia de la clasificación que había sido modificado unos meses antes por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (en adelante Ley 14/2013), pretendiendo culminar el proceso que tiene por objetivo eliminar trabas a la concurrencia de las pequeñas y medianas empresas de reciente creación, facilitando su acceso a los contratos públicos. La Ley 14/2013 había elevado los umbrales del valor estimado de los contratos a los que resulta exigible clasificación, situándolos para obras en 500 000 euros y para servicios en 200 000 euros.

La Ley 25/2013, además, suprime la exigencia de clasificación para los contratos de servicios y precisa que tampoco será exigible para otros tipos

contractuales, aunque mantiene la posibilidad, para el licitador que cuenta con la clasificación adecuada para un contrato en el que no resulta exigible clasificación, optar por acreditar su solvencia a través de la misma.

En relación con la acreditación de la solvencia económica y financiera, y técnica y profesional la reforma tiene un triple alcance, modifica los medios admisibles, clarifica cómo opera la exigencia de solvencia, e introduce la previsión de un régimen de solvencia aplicable en defecto de previsión específica en los pliegos que será objeto de desarrollo reglamentario.

La Ley 25/2013, modifica los medios admitidos para acreditar la solvencia, afectando fundamentalmente a la solvencia económica y financiera, respecto de la que se elimina la posibilidad de utilizar declaraciones de entidades financieras y las cuentas anuales, y se introduce un nuevo medio, el patrimonio neto.

Para la solvencia técnica se mantienen en general los medios que existían, pero se amplía el ámbito temporal de los trabajos realizados que servirán para acreditar la solvencia, que pasará de cinco a diez años en contratos de obras y de tres a cinco en el resto. Sobre la posibilidad de modular el alcance de la expresión «*en los últimos tres años*» para la exigencia y acreditación de la solvencia técnica en los contratos de servicios, contenida en el artículo 78 a) TRLCSP en su actual redacción, ya se pronunció esta Junta en Informe 17/2013, de 26 de junio.

Por otra parte, los artículos que regulan los medios para acreditar la solvencia (74 a 78 TRLCSP) se redactan de forma que se despejan algunas dudas formales que habían dado lugar a malas prácticas con la redacción anterior. Así, en el encabezamiento de cada uno de los artículos se sustituye la locución «*la solvencia... podrá acreditarse*», por «*la solvencia... deberá acreditarse*», de forma que quede claro que la lista de medios es un «*numerus clausus*» y por tanto no se pueden utilizar otros medios que los previstos en el TRLCSP. Asimismo se precisa en el nuevo artículo 79 bis, que en los pliegos, así como

en el anuncio de licitación o invitación a participar en el procedimiento, se especificarán para cada medio admitido para acreditar la solvencia, las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos. La necesidad de expresar unos valores mínimos por encima de los cuales se entiende que la empresa es solvente era un aspecto ciertamente obvio, pero que se olvidaba con frecuencia en los expedientes de contratación; y así lo puso de manifiesto esta Junta en la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, relativa a cuestiones suscitadas en la preparación de los contratos: calificación, fraccionamiento, excepcionalidad del negociado, solvencia, criterio de adjudicación y gastos imputables al contratista, y se ha recogido en diversos acuerdos del Tribunal de Contratos Públicos de Aragón, entre otros en el Acuerdo 2/2011, de 6 de abril.

Como novedad se prevé que reglamentariamente se establezcan los requisitos y los medios que resultarán aplicables para acreditar la solvencia, para cada tipo de contrato, cuando no exista previsión específica en los pliegos; criterios que tendrán también carácter supletorio respecto de los que en su caso se hayan establecido. Estos requisitos y medios se fijarán para cada tipo de contrato en función de su naturaleza, objeto y valor estimado.

La Ley 25/2013 demora la entrada en vigor de la reforma, pues el apartado ocho de la Disposición final tercera, modifica la Disposición transitoria cuarta del TRLCSP que queda redactada en los siguientes términos.

«Disposición transitoria cuarta. Determinación de los casos en que es exigible la clasificación de las empresas y de los requisitos mínimos de solvencia.

El apartado 1 del artículo 65, en cuanto delimita el ámbito de aplicación y de exigibilidad de la clasificación previa, entrará en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los grupos, subgrupos y categorías en que se clasificarán los contratos de obras y los contratos de servicios, continuando vigente, hasta entonces, el párrafo primero del apartado 1

del artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La nueva redacción que la Ley de Impulso de la Factura Electrónica y creación del Registro Contable de Facturas en el Sector Público da a los artículos 75, 76, 77 y 78 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y el artículo 79. bis de dicho texto refundido entrarán en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los requisitos, criterios y medios de acreditación que con carácter supletorio se establezcan para los distintos tipos de contratos.

No obstante lo anterior, no será exigible la clasificación en los contratos de obras cuyo valor estimado sea inferior a 500.000 euros ni en los contratos de servicios cuyo valor estimado sea inferior a 200.000 euros».

Esta disposición ha suscitado numerosas dudas en cuanto a su alcance. En concreto, cabe preguntarse si se demora la entrada en vigor de todo el contenido de la reforma; o si aspectos como la no exigencia de clasificación en los contratos de servicios, y la enumeración de medios para acreditar la solvencia, se ven afectados, aun cuando el desarrollo reglamentario al que se condiciona la efectividad de la reforma no les afecta y no resulta necesario para su aplicación.

Así, en relación con la supresión de la exigencia de clasificación como requisito obligatorio para los contratos de servicios, no se entiende que se condicione su efectividad a la regulación de los grupos, subgrupos y categorías en las que se clasificarán estos contratos; y por lo que respecta a los nuevos medios de acreditación de la solvencia, tampoco su implementación está relacionada con el desarrollo reglamentario de los requisitos, criterios y medios de acreditación de la solvencia que se establezcan con carácter supletorio para los distintos tipos de contratos.

Ahora bien, lo cierto es que ateniéndonos a la literalidad de la Disposición adicional cuarta esa parece haber sido la voluntad del legislador, si bien hay que reprocharle que no indique en la Exposición de motivos el porqué de esta compleja e innecesaria transitoriedad. Hay que reparar en que si se hubieran mantenido en sus mismos términos las primeras palabras de la Disposición

adicional cuarta que decía «*El apartado 1 del artículo 65, en cuanto determina los contratos para cuya celebración es exigible la clasificación previa, entrará en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley ...*», sería posible entender que la supresión del requisito obligatorio de clasificación en los contratos de servicios había entrado en vigor, tal y como por otra parte interpretó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 9/2011, de 15 de diciembre, en relación a la no exigencia de clasificación en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II.

Sin embargo la nueva redacción no deja lugar a dudas, pues establece que «*El apartado 1 del artículo 65, en cuanto delimita el ámbito de aplicación y de exigibilidad de la clasificación previa, entrará en vigor...*».

Igual de taxativo resulta el segundo párrafo de la Disposición transitoria cuarta respecto de la entrada en vigor de la nueva redacción de los artículos 75, 76, 77 y 78 y del nuevo 79 bis.

Este es por otra parte el criterio que aplica el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, entre otros en el Acuerdo 11/2014, de 20 de febrero, y el que también sigue la Abogacía del Estado en su Circular 1/2014, de 4 de febrero.

No obstante, sería conveniente que el legislador reconsiderara la cuestión, y fundamentalmente en relación con la supresión de la exigencia de clasificación en los contratos de servicios se consiguiera una efectividad a corto plazo — sino inmediata— de la reforma, para evitar los problemas que en la práctica se están generando, de los que la petición que da lugar a este informe es una muestra. Hay que recordar que el régimen relativo a la clasificación está desarrollado en el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), que responde a las previsiones del artículo 25 del texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real

Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP) y, como se analizará a continuación, se trata de una regulación que en relación a los contratos de servicios ha quedado muy desfasada.

Cabe advertir además, que en la modificación del artículo 65.1 TRLCSP operada por la Ley 25/2013, se ha suprimido la previsión por la que se exceptuaba de la necesidad de clasificación a los contratos de servicios de las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II. Recordemos que el artículo 25 TRLCAP excluye del requisito de clasificación a las categorías 6, 21 y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos de la categoría 26. Durante estos últimos años y en virtud de la interpretación que hizo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 9/2011, antes citado, se entendían aplicables ambas excepciones, por lo que para contratos como los relativos a servicios de traducción de la categoría 26, no se exigía clasificación, a pesar de que en el artículo 37 RGLCAP, está previsto un subgrupo T5 que incluye los servicios de traductores e interpretes. En tanto que no se exigía clasificación para estos servicios, hay que suponer que las empresas dedicadas a estas actividades habrán dejado de solicitar la clasificación, por lo que el panorama que se presenta en cuanto a la incidencia práctica de la modificación del artículo 65.1 TRLCSP es preocupante.

III. Clasificación exigible en los contratos relativos a determinadas prestaciones sanitarias.

Como se ha avanzado en la consideración jurídica anterior, el régimen jurídico aplicable a la exigencia de clasificación de los contratos de servicios presenta en la actualidad lagunas e indefiniciones que dan lugar a importantes problemas prácticos.

Hay que tener en cuenta que RGLCAP en el que se desarrolla el régimen de clasificación, responde en el caso de los servicios al concepto de contrato de

servicios del TRLCAP, mucho más restrictivo que el actualmente vigente, según lo establecido en el artículo 10 TRLCSP.

Como es bien conocido, el TRLCAP distinguía entre contratos de consultoría y asistencia y contratos de servicios, y únicamente estos últimos se sometían a la exigencia de clasificación.

Además los contratos de servicios se definían en el artículo 196.3 TRLCAP de manera precisa, abarcando los siguientes supuestos:

«Son contratos de servicios aquellos en los que la realización de su objeto sea:

a) De carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia o en alguno de los regulados en otros Títulos de este Libro.

b) Complementario para el funcionamiento de la Administración.

c) De mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones.

d) Los programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración, que serán de libre utilización por la misma.

e) La realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos.

f) De gestión de los sistemas de información que comprenda el mantenimiento, la conservación, reparación y actualización de los equipos físicos y lógicos de tratamiento de la información, así como la actualización de los programas informáticos y el desarrollo de nuevos programas».

De acuerdo con esta definición estricta de los contratos de servicios, los contratos administrativos especiales que se definían en el artículo 5.2 b) TRLCAP como aquellos de objeto distinto a los de obras, gestión de servicio público, suministro, concesión de obra pública, consultoría y asistencia y servicios, que tuvieran naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por declararlo así una ley, se convertían en una categoría de cierre.

Esta situación cambia radicalmente con la aprobación de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, cuyo artículo 10 contiene una definición del contrato de servicios conforme a la Directiva 2004/18/CE. Como puso de manifiesto esta Junta en su Recomendación 1/2011, de 6 de abril, antes citada:

«Otra de las más importantes novedades de la LCSP que ha repercutido en la necesaria recalificación de muchos contratos administrativos, antes contratos de gestión de servicios públicos o contratos administrativos especiales, es la amplitud de la configuración del contrato de servicios. El contrato de servicios, de conformidad con el artículo 10 LCSP, «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 un suministro». En esta nueva definición, ya no se enumeran qué tipo de prestaciones pueden integrarse como servicios; y además, se elimina un elemento determinante en el TRLCAP, que era el relativo a «servicio que fuera complementario para el funcionamiento de la Administración. Hasta la regulación de la LCSP, se defendía que la diferencia entre los contratos de servicios y gestión de servicios públicos era el destinatario de la prestación. En la actualidad, resulta insuficiente este criterio de diferenciación, de modo que los factores distintivos pueden ser mejor el régimen de la prestación del servicio y de explotación del mismo».

Y continúa:

«Así, actualmente el carácter enormemente amplio del contrato de servicios, abarca prestaciones que antes constituían gestión de servicios públicos, y numerosos contratos calificados tradicionalmente como contratos administrativos especiales, por no tener cabida el objeto de prestación en las prestaciones propias del contrato de servicios».

Esta modificación en cuanto al ámbito propio del contrato de servicios vino acompañada por un cambio de orientación en cuanto a la externalización de los servicios en el ámbito de las Administraciones Públicas. Mientras que el TRLCAP contemplaba el recurso a la prestación de servicios por empresas privadas como excepcional, y era necesario justificar que la Administración no contaba con medios personales y materiales suficientes y adecuados para llevarlos a cabo, y que además no era conveniente ampliar los mismos, la Ley 30/2007 responde a la corriente ya generalizada en el ámbito empresarial, del

«outsourcing» o externalización de servicios, y por ello no exige para este contrato una justificación específica o especial que no sea la que con carácter general recoge el artículo 22 TRLCSP.

De todo lo anterior se deduce que la clasificación regulada en el RGLCAP responde a un concepto de contrato de servicios muy restringido, del que quedarían fuera numerosas prestaciones que en la actualidad deben tipificarse como servicios.

En este sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva del Estado en diversos informes, entre ellos el Informe 26/09, de 1 de febrero de 2010, que se cita en el escrito de consulta relativo a los servicios sociales, (en el mismo sentido los Informes 51/09, de 1 de febrero de 2010 y 33/10, de 24 de noviembre de 2010). Estos contratos que anteriormente se calificaban como contratos administrativos especiales, de acuerdo con el TRLCAP, pasan a ser calificados como servicios en el TRLCSP. Sin embargo, las normas vigentes en materia de clasificación del RGLCAP no contemplan supuesto alguno que permita otorgar clasificación en este sector.

Esta situación que afecta de forma tan clara a los servicios sociales, para los que no hay en el RGLCAP ninguna referencia, presenta mayor complejidad en cuanto a los servicios sanitarios incluidos en la categoría 25 junto con los servicios sociales.

Y es que el artículo 37 RGLCAP recoge en el Grupo N «*Servicios cualificados*», el subgrupo 1 «*Actividades médicas y sanitarias*», que según el Anexo II del mismo RGLCAP se refiere a «*trabajos médicos y sanitarios prestados en hospitales, clínicas, sanatorios, consultorios y balnearios o en centros distintos de los anteriores, campañas preventivas y de vacunación, rehabilitación y fisioterapia*».

La aplicación de la clasificación en este subgrupo a los contratos sanitarios debe analizarse con cautela, pues como ya se ha dicho, se trata de una

regulación prevista para contratos de servicios complementarios de la actuación de la Administración, en la que no se tenían en consideración las prestaciones que entonces se tramitaban como contratos de gestión de servicio público o como contrato administrativo especial, pues estos tipos contractuales no exigían clasificación.

De hecho, la propia definición de las actividades integradas en el subgrupo es excesivamente amplia y carece de la precisión suficiente como para entender que una empresa clasificada en el mismo tiene la solvencia técnica suficiente para llevar a cabo contratos tan complejos como los que son objeto de la consulta: diálisis peritoneal domiciliaria, hemodiálisis domiciliaria, diálisis hospitalaria y procedimientos diagnósticos en instalaciones fijas y móviles.

Y es que a los contratos que tengan por objeto estas prestaciones no cabe aplicárseles el calificativo de «*complementario de la actividad de la Administración*», pues «*complementario*» según el diccionario de la Real Academia Española, se refiere a algo que sirve para complementar o perfeccionar otra cosa, lo que a nuestros efectos comprendería aquellos servicios accesorios que otorgan un valor añadido a una actividad de la Administración en cuya ejecución se integran. Al contrario, estos servicios se prestan directamente a los ciudadanos, lo que claramente excede del concepto restrictivo del TRLCAP.

Admitir como suficiente, a efectos de los contratos de diálisis peritoneal domiciliaria, hemodiálisis domiciliaria, diálisis hospitalaria y procedimientos diagnósticos en instalaciones fijas y móviles, la clasificación en el subgrupo N1 resultaría contrario al interés general, que exige que los adjudicatarios de los contratos públicos acrediten una solvencia económica y técnica adecuada para realizar las prestaciones objeto del contrato, máxime si se tiene en cuenta la relevancia del interés público que es la causa principal de estas contrataciones, en materia tan sensible como la salud. Como puso de relieve la Junta Consultiva del Estado en su Informe 78/09 de 23 de julio de 2010, la acreditación de la solvencia es un requisito funcional, el mecanismo a través

del cual el poder adjudicador pretende tener garantizado que, tanto desde el punto de vista financiero y económico como desde el técnico y profesional, los licitadores están capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato, y estos extremos difícilmente pueden entenderse acreditados en los supuestos que nos ocupan.

Asimismo, de exigirse clasificación, se podría producir una inadecuada restricción de la competencia, al impedir el acceso a las licitaciones a muchas empresas especializadas en las prestaciones objeto del contrato que no cuentan con clasificación en el subgrupo N1, lo que sería contrario a los principios de salvaguardia de la libre competencia, de control del gasto, y eficiente utilización de los fondos públicos, pues no garantizaría la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

III. CONCLUSIONES

I. La entrada en vigor del apartado 1 del artículo 65 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en la redacción dada por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, no se producirá hasta la aprobación de las normas reglamentarias que establezcan los grupos, subgrupos y categorías en los contratos de obras y servicios, manteniendo hasta entonces su vigencia el artículo 25.1 párrafo primero del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Por tanto, sigue siendo aplicable con carácter general, la exigencia de clasificación para los contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 200 000 euros.

II. La clasificación de empresas contratistas de servicios, que regula el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debe ser aplicada tomando como referencia el concepto de contrato de

servicios vigente en el momento de su aprobación, y que es el del artículo 196.3 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

III. Para la acreditación de la solvencia técnica en los contratos que tienen por objeto servicios de diálisis peritoneal domiciliaria, hemodiálisis domiciliaria, diálisis hospitalaria y procedimientos diagnósticos en instalaciones fijas y móviles, no resulta suficiente la clasificación de las empresas licitadoras en el Grupo N Subgrupo 1, al responder ésta a prestaciones complementarias para la actividad de la Administración muy alejadas de la complejidad de estos contratos, y de la exigencia de una solvencia dimensionada a la medida del interés público subyacente en estos contratos.

Informe 9/2014, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 2 de abril de 2014.