

Informe 9/2009, 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 concierto, 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 concierto, por procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación.

Se acompaña al oficio del Director Gerente, 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, cuyas sugerencias han sido incorporadas al modelo tipo.

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, si bien define, en su art. 1 el concepto de concesión de servicios.

Al contrato de gestión de servicios públicos se refiere la citada norma comunitaria en su artículo 3 para establecer 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.

“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 262 referido a la resolución- y las especiales del respectivo servicio, en cuanto no se opongan a la LCSP.

En relación con la normativa aplicable al contrato de gestión de servicios públicos, hay que señalar que la no aplicación al mismo del art. 196 LCSP (apartados 2 a 7, en relación con la demora del contratista y la imposición de penalidades por la Administración) así como de los arts. 197 (resolución por demora y prórroga de los contratos), 203 (suspensión de los contratos) y 205 (cumplimiento y recepción), está motivada por la especial naturaleza del contrato y por su incompatibilidad con los preceptos citados. Ahora bien, como señaló el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa núm. 61/1996, de 18 de diciembre, "no significa que el incumplimiento por parte del concesionario no tenga consecuencias dentro de la propia Ley y, en concreto, dentro de la regulación del contrato de gestión de servicios públicos. Así hay que resaltar que el art. 156.3 indica que, en todo caso, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate, dentro de cuyos poderes necesariamente han de figurar los que corresponden a la Administración en relación con el concesionario, cuando la deficiente marcha del servicio sea imputable al

mismo”, supuesto recogido ahora en el art. 255.2 LCSP. En este sentido también debe ser tenido en cuenta lo dispuesto en los arts. 206, apartados g) y h) y 260 de 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.

Por lo que se refiere a los pliegos, el art. 117 LCSP señala que estos fijarán, de acuerdo con las normas reguladoras del régimen jurídico del servicio, las condiciones de prestación del servicio y, en su caso, las tarifas que debieran abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión y el canon o participación que hubiera de satisfacer a la Administración.

En los contratos de gestión de servicios públicos que comprendan la ejecución de obras, la tramitación del expediente irá precedida, como actuación preparatoria, de la elaboración y aprobación administrativa del 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).

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.

III. Modalidades de la contratación de la gestión de servicios públicos: la modalidad de concierto en el servicio público.

La Ley de Contratos del Sector Público recoge las modalidades de contratación de los contratos de gestión de servicios públicos en su art. 253: concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta.

Art. 253 c) concierto: cuando para una mayor eficacia en el servicio público convenga a la Administración contratar con personas que realicen prestaciones análogas. La modalidad de concierto, señala el vigente RGLCAP en su art. 181, se utilizará en aquellos supuestos en los que para el desempeño o mayor eficacia de un servicio público convenga a la Administración contratar la actividad privada de particulares que tenga análogo contenido al del respectivo servicio.

Conviene hacer referencia al dato diferencial del concierto respecto de la concesión que tradicionalmente radicaba en que en la primera modalidad, los bienes o instalaciones son del contratista, y en el segundo supuesto, pertenecen a la Administración. Sin embargo, ese elemento diferenciador no puede considerarse definitivo, y así lo dice la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 7/2001, de 4 de octubre, al señalar: “la diferencia sustancial entre una y otra figura, no radica en la aportación de determinados medios auxiliares para la gestión del servicio público, como puede ser el local en el que se presta el mismo, que se entiende que puede establecerse en el pliego que lo prevea tanto el contratista como la Administración, sino en el hecho de que en la concesión el empresario gestiona el servicio a su propio riesgo y ventura para la Administración, en tanto que en el concierto, la Administración contrata con un empresario que en su actividad privada, ya realiza habitualmente prestaciones similares a las que constituyen el contenido propio del servicio en cuestión”. Añadiéndose en ese mismo informe, que “la modalidad de concierto se da en áreas que concurren tanto la iniciativa pública como la privada siendo muy utilizada en educación, sanidad y servicios sociales”.

Las referencias al concierto en las Leyes reguladoras de las prestaciones públicas son constantes, Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, Ley Orgánica 2/2006, de 3 de marzo, de Educación, Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia.

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 particulares aplicables a los contratos administrativos de obras, servicios y suministros adjudicados mediante procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación”**, que fueron informados por esta Junta el 13 de mayo de 2008 (Informe 3/2008), adaptando y concretando sus cláusulas a la tipología del contrato. Así:

1 Se ha considerado, de manera diferenciada, en el Anexo XIII, y cláusula 2.8, el régimen jurídico específico de los contratos de gestión de servicio público, donde se recogerán, en cada licitación, las disposiciones especiales del respectivo servicio que serán de aplicación a cada contrato. Sería recomendable que dicho Anexo fuese el primero y no el último.

2 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.

3 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.

4 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 especificaran las obras e instalaciones que hubiera de realizar el contratista para la explotación del servicio público, conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación.

5 Se ha previsto la incorporación de documentación adicional en el denominado Sobre nº 1 (documento nº 9) a los efectos de poder valorar la preferencia en la adjudicación en el supuesto de empate, pero no se recoge expresamente esta opción, tal y como exige la DA 6ª LCSP dentro de las cláusulas relativas a valoración-clasificación de ofertas, por lo que se recomienda su inclusión

6 Las cláusulas relativas a la ejecución del contrato se han adaptado al régimen jurídico propio del contrato de gestión de servicios públicos. Como se ha manifestado en la Consideración Jurídica II de este Informe, 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 cuando el incumplimiento del contratista origine perturbación grave e irreparable en el servicio público, 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 (2.5.5) 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 art. 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 al posibilitar *una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración*, forma común en la modalidad del concierto. Del mismo modo, deberá observarse lo dispuesto por el art. 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.

7 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 exime de la

presentación del documento acreditativo de la 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.

8 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 el Informe 7/2009, de 15 de abril, de esta Junta Consultiva. y el 18/2008, de 21 de julio.

9 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.

10 Es recomendable 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, que podría incluirse en las cláusulas 2.8 o 2.9.

III. CONCLUSIONES

I. El Pliego tipo de Cláusulas Administrativas Particulares para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos, modalidad concierto, 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.

II Recomendar a los órganos de contratación de la Diputación General de Aragón que lo adopten como modelo para contratos de naturaleza análoga, en el ámbito de su competencia, a los efectos establecidos en el artículo 99.4 de la LCSP.

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

Informe 9/2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 13 de mayo de 2009.