

**Ref.: OB 41/2018 – Projecte de Llei de contractes de serveis a les persones  
AC/SG**

**Assumpte: Valoració, des d'una òptica de competència, del Projecte de Llei de contractes de serveis a les persones.**

## **1. Antecedents. La regulació dels contractes de serveis a les persones a les Directives europees de contractació pública.**

En data 10 de juliol de 2018, el Govern de la Generalitat de Catalunya va aprovar el Projecte de Llei de contractes de serveis a les persones (en endavant, Projecte de Llei).

Tal com assenyala el preàmbul del Projecte de Llei, els serveis d'atenció a les persones constitueixen un ampli ventall de serveis i prestacions que tenen com a finalitat el benestar i la millora de la qualitat de vida de la ciutadania, amb una especial atenció cap als col·lectius més fràgils i vulnerables. En termes generals, en aquest àmbit s'hi inclouen un conjunt de serveis vinculats a l'educació, els serveis socials i de la salut, com ara les escoles bressol, els casals infantils i de joves, les ludoteques, els menjadors escolars, les colònies, l'atenció domiciliària a la gent gran, els casals de gent gran, els hospitals, de dia per a persones amb discapacitat, el suport a la llar o els assistents personals, els recursos residencials, els centres de dia, els programes de mediació en l'àmbit penal o bé els anomenats serveis comunitaris o de cohesió social.

Les directives comunitàries en matèria de contractació pública actualment vigents<sup>1</sup> dediquen una especial atenció al sector dels serveis socials i anàlegs i en reconeixen la importància i especificitat; consideren que aquests serveis normalment no presenten un interès transnacional ni per raó de la quantia ni pel fet que es troben molt vinculats al context cultural de cada Estat. És per això que aquestes normes han atorgat una àmplia llibertat als Estats membres per establir el règim jurídic que considerin més adient a la naturalesa i finalitat d'aquests serveis, que tant pot ser de naturalesa contractual com no contractual. En aquest sentit, la contractació d'aquest tipus de serveis, els quals es troben sotmesos a un llinar diferent al de la resta de contractes de serveis<sup>2</sup>, s'ha de regir pels principis generals de transparència i igualtat de tracte, s'admet la preponderància de criteris de qualitat específics així com l'establiment de certes particularitats respecte el procediment de contractació (per exemple, la possibilitat de reservar alguns contractes de serveis socials a determinades entitats).

---

<sup>1</sup> Directiva 2014/23/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació dels contractes de concessió i Directiva 2014/24/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública i per la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE.

D'entre els seus objectius destaquen, d'una banda, facilitar la participació de les pimes en la contractació pública, i de l'altra, permetre que els poders públics utilitzin la contractació com a suport d'objectius socials comuns, com ara la protecció del medi ambient, fer un ús més eficient dels recursos i de l'energia i lluitar contra el canvi climàtic, promoure la innovació i la inclusió social.

<sup>2</sup> 750.000 euros, segons disposa l'article 4 de la Directiva 2014/24/UE.



Tots aquests aspectes s'exposen clarament al considerant núm. 114 de la Directiva 2014/24/UE, segons el qual:

*“Determinadas categorías de servicios, en concreto, los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada. Dichos servicios se prestan en un contexto que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales. Debe establecerse un régimen específico para los contratos públicos relativos a tales servicios, con un umbral más elevado del que se aplica a otros servicios.”*

[...]

*Los contratos de servicios a las personas, cuyo valor esté situado por encima de ese umbral deben estar sujetos a normas de transparencia en toda la Unión. Teniendo en cuenta la importancia del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios, debe ofrecerse a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores de los servicios del modo que consideren más oportuno. Las normas de la presente Directiva tienen en cuenta este imperativo al imponer la observancia de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato y al asegurar que los poderes adjudicadores puedan aplicar, para la elección de los proveedores de servicios, criterios de calidad específicos, como los establecidos en el Marco Europeo Voluntario de Calidad para los Servicios Sociales publicado por el Comité de Protección Social. A determinar los procedimientos que hayan de utilizarse para la adjudicación de contratos de servicios a las personas, los Estados miembros deben tener en cuenta el artículo 14 del TFUE y el Protocolo nº26. Al hacerlo, los Estados miembros también deben perseguir los objetivos de simplificación y reducción de la carga administrativa de poderes adjudicadores y operadores económicos; es preciso aclarar [que] ello también puede suponer basarse en disposiciones aplicables a los contratos de servicios no sometidos al régimen específico.*

*Los Estados miembros siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.”* (el subratllat no consta a l'original).

Quant a la regulació pròpiament dita, l'article 76 de la Directiva 2014/24/UE precisa els principis als quals es troba sotmesa l'adjudicació dels contractes de serveis socials i altres serveis específics (que són els enumerats a l'annex XIV de la norma comunitària):

*“1. Los Estados miembros establecerán normas nacionales para la adjudicación de los contratos sujetos a lo dispuesto en el presente capítulo, a fin de garantizar que los poderes adjudicadores respetan los principios de transparencia y de igualdad de trato de los operadores económicos. Los Estados miembros serán libres de determinar las normas de procedimiento aplicables, siempre que tales normas permitan a los poderes adjudicadores tener en cuenta la especificidad de los servicios en cuestión.”*

*“2. Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores puedan tener en cuenta la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables, la implicación y la responsabilización de los usuarios y la innovación. Además, los Estados miembros podrán disponer que la elección del proveedor de*

*servicios se haga sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta criterios de calidad y de sostenibilidad en el caso de los servicios sociales.”*  
(el subratllat no consta a l'original).

D'altra banda, l'article 77 de la mateixa norma preveu la possibilitat de reservar la participació en la licitació de certs contractes a determinades organitzacions que compleixin una sèrie de requisits, els quals són de caràcter cumulatiu :

*“a) que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado 1;*

*b) que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá basarse en consideraciones de participación;*

*c) que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados o en principios de participación o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas, y*

*d) que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes.”*

Les directives comunitàries de 2014 han estat transposades al nostre ordenament jurídic mitjançant la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la que es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE (en endavant, LCSP); prèviament, davant la manca de transposició de les directives per part de l'Estat dins el termini previst, el Govern de la Generalitat de Catalunya havia aprovat el Decret Llei 3/2016, de 31 de maig, de mesures urgents en matèria de contractació pública, el qual va establir mesures per tal de donar aplicació, en l'àmbit del sector públic català, a determinades disposicions de les directives esmentades (en l'àmbit dels serveis socials, s'ha regulat el règim de la concertació social)<sup>3</sup>.

La LCSP contempla les especificitats dels contractes de serveis a les persones (en la terminologia emprada pel projecte de llei objecte d'aquest document) a les Disposicions Addicionals 47a i 48a i ho fa recollint, en essència, allò previst als articles 76 i 77 de la Directiva 2014/24/UE.

Finalment, fent ús de les competències que té reconegudes estatutàriament<sup>4</sup>, el Govern de la Generalitat ha aprovat aquest Projecte de llei que té per objecte incorporar i desenvolupar les previsions contingudes a les Directives 2014/23/UE i 2014/24/UE respecte la licitació de determinats contractes de serveis socials,

<sup>3</sup> Prèviament, tal com recorda el preàmbul del Projecte de llei, l'any 2015 s'havia signat el Codi de bones pràctiques en la contractació pública dels serveis d'atenció a les persones per part de la Generalitat de Catalunya i diverses entitats, *“amb l'objectiu d'establir un model de contractació pública d'aquests serveis basat en la promoció de la qualitat, la professionalitat, i el respecte de les condicions laborals de les persones que presten aquestes serveis, l'impuls de l'estabilitat en l'ocupació i la inserció social de determinats col·lectius, la garantia de l'ús eficient dels recursos públics i la preservació d'aquest sector d'activitat a través d'un model que no tingui únicament en compte el preu en l'adjudicació del contracte”*. Òbviament, només obligava a les parts signatàries del mateix.

<sup>4</sup> Segons indica el preàmbul del Projecte de llei, els títols competencials que habilitarien l'adopció d'aquesta norma serien els previstos als articles 162.1 (en matèria de sanitat i salut pública, la competència exclusiva sobre l'organització, el funcionament intern, l'avaluació, la inspecció i el control de centres, serveis i establiments sanitaris), 162.3 (competència compartida en l'ordenació, la planificació, la determinació, la regulació i l'execució de les prestacions i els serveis sanitaris, sociosanitaris i de salut mental de caràcter públic en tots els àmbits i per a tots els ciutadans), 166 (competència exclusiva en matèria de serveis socials) i 168 (competència executiva de la legislació de l'Estat en matèria penitenciària que inclou, en tot cas, la totalitat de la gestió de l'activitat penitenciària) de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya.



comunitaris, sanitaris o anàlegs, mitjançant una norma de rang de llei i, per tant, d'obligat compliment per part de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i l'Administració Local, així com el seu sector públic<sup>5</sup>.

## **2. Valoració general del contingut del Projecte de llei de contractes de serveis a les persones**

Els processos de contractació pública condicionen el tipus de competència existent en el mercat; en aquest nivell, la competència PEL mercat substitueix la competència EN el mercat. Aquesta darrera implica la concurrència de diferents operadors, públics i/o privats, que rivalitzen per a la prestació del servei o la realització d'una activitat econòmica; en canvi, la competència pel mercat es refereix a la concurrència o rivalitat dels operadors per obtenir al dret a explotar o gestionar uns serveis de manera exclusiva durant un període de temps determinat. En aquests processos, la competència es produeix en el moment de la licitació del contracte, en què concorre una pluralitat d'operadors amb diferents ofertes de preu, qualitat o altres característiques. Un cop adjudicat el contracte a un operador determinat, la competència pel mercat desapareix durant tota la vigència del contracte, i no reapareix fins que es produeix una nova licitació. Per això, adquireix especial rellevància el disseny del procediment de licitació del contracte, que haurà de ser el més competitiu possible, ja que en el cas que s'hi introdueixin elements de distorsió, llurs conseqüències negatives per a la competència persistiran durant tota la vigència del contracte.

D'altra banda, cal recordar que l'avaluació de l'impacte competitiu d'una norma requereix que qualsevol restricció a la competència que s'hi introdueixi no sigui discriminatòria, estigui justificada en base als principis de necessitat i proporcionalitat, així com que compleixi amb la resta de principis d'una bona regulació eficient i afavoridora de la competència. Així mateix, les restriccions també han de trobar-se emparades en una norma de rang de llei.

El Projecte de llei estableix un règim específic de contractació pública per als anomenats serveis d'atenció a les persones. En aquest sentit, el Projecte de llei preveu que els procediments de licitació dels mateixos es basin en els principis bàsics de la contractació pública (transparència, igualtat i no discriminació), així com que l'adjudicació d'aquests serveis compleixi amb els principis de qualitat, continuïtat, accessibilitat, assequibilitat, disponibilitat i exhaustivitat, tot això en atenció a l'especial naturalesa i transcendència per a la societat de les prestacions que engloben aquesta tipologia de serveis.

El paquet de Directives comunitàries de contractació pública de 2014 reconeix com a objectiu de la contractació pública, l'assoliment d'una bona relació qualitat-preu en l'adjudicació dels contractes. En el cas dels serveis a les persones, les Directives reconeixien la importància d'assegurar que en la contractació de les prestacions pròpies d'aquests serveis es tinguin especialment en compte els aspectes qualitatius; es tracta de serveis en què el factor humà, és a dir, els professionals que realitzen les prestacions objecte dels contractes, incideix directament en la qualitat del servei.

---

<sup>5</sup> També es dona compliment a la Disposició Addicional 14a de la Llei 3/2015, de l'11 de març, de mesures fiscals, financeres i administratives, que preveu que el Govern ha d'impulsar la inclusió de clàusules socials en tots els contractes de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i del seu sector públic que tinguin per objecte els serveis socials d'atenció a les persones.

De fet, ja amb anterioritat el propi Tribunal de Justícia de la Unió Europea havia considerat l'existència de determinades circumstàncies objectives que permetessin excloure un contracte de prestacions personals de caràcter sanitari o social de les regles de concurrència pròpies d'un contracte típic de serveis o producte, atès el marcat caràcter estratègic, des de la perspectiva de la correcta prestació, del mateix<sup>6</sup>.

Així doncs, seguint les Directives, el Projecte de Llei redueix el pes de variables clau de competència tradicionals, com és el preu, a favor d'altres criteris de tipus qualitatiu o altres de caire social en l'adjudicació d'aquests contractes, ahora que afavoreix la participació i adjudicació dels contractes a determinades entitats o empreses que presenten unes especials característiques i que, molt probablement no tindrien capacitat de competir amb determinats operadors, de major dimensió i recursos econòmics, per l'adjudicació d'un contracte sotmès al procediment tradicional o ordinari en el que el factor preu fos el decisiu. Com s'ha exposat en l'apartat anterior, l'existència d'aquestes excepcions o particularitats respecte les normes generals de la contractació pública derivaria directament de les Directives 2014/23/UE i 2014/24/UE. És doncs una opció política volguda pel legislador europeu i que també recull la nova llei de contractes estatal (D.A. 47a i 48a).

No obstant això, com va assenyalar la *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (CNMC) en el seu informe sobre l'avantprojecte de Llei de contractes del sector públic<sup>7</sup>, cal tenir present que l'existència de determinats objectius de caràcter social no pot fer decaure l'aplicació dels principis bàsics d'utilització eficient dels fons públics, salvaguarda de la lliure competència i selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa propis de la contractació pública. I és que la introducció d'objectius secundaris, encara que justificats, en la contractació pública pot comportar un increment dels costos per als contribuents. En termes generals, la introducció de determinades variables pot perjudicar l'eficiència estàtica i dinàmica en l'aprovisionament i podrien potenciar-se amb la utilització d'altres instruments públics que s'adapten millor a l'assoliment d'aquests objectius.

Aquests objectius poden reduir l'objectivitat i transparència del procés de contractació i fer augmentar el risc de discrecionalitat dels òrgans contractants. D'aquesta manera es podrien veure afectats els objectius principals de la contractació pública: l'eficiència en la despesa pública i el foment de la competència en els mercats. Per tal que l'interès general obtingui les màximes aportacions econòmiques i socials amb els ingressos públics dels contribuents, l'eficiència econòmica i la competència han de ser sempre preservades.

Fetes aquestes apreciacions, es pot afirmar que la regulació continguda al projecte de llei és troba alineada amb els principis i normes establerts a les Directives de 2014 per als processos de licitació dels anomenats contractes de serveis a les persones i afavoreix l'assoliment de certs objectius de caràcter social. Així mateix, des del punt de vista dels operadors, l'existència d'un marc legal clar en l'adjudicació d'aquesta tipologia de contractes afavoreix la seguretat jurídica.

No obstant això, l'ACCO considera que no es pot obviar que els principis bàsics de la contractació pública poden quedar en un segon terme i que, per aquest motiu, considera imprescindible garantir un ús proporcionat dels mecanismes previstos a la

<sup>6</sup> Vegeu GIMENO FELIU, J.M "La Contratación Pública en los contratos sanitarios y sociales", Observatorio de Contratación Pública:

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.194/recategoria.208/reلمenu.3/chk.fda916418919b4edad c19f1025462bf6>

<sup>7</sup> IPN/CNMC/010/15



norma, que fugi de l'aplicació automàtica dels mateixos sense efectuar una anàlisi cas a cas, tot evitant l'establiment de restriccions més enllà del que sigui absolutament necessari.

### **3. Consideracions particulars respecte el contingut concret del Projecte de Llei de contractes de serveis a les persones**

Més enllà de la valoració general del Projecte de Llei efectuada a l'apartat anterior, l'ACCO considera necessari realitzar un sèrie de consideracions respecte aquells articles que presenten majors implicacions en termes de competència. Concretament:

- Article 5 (Requisits de solvència)

L'article 5.1 estableix que "c) en la contractació dels serveis qualificats com a principals a la secció 2a del Capítol V d'aquesta Llei [serveis socials, d'ocupació i comunitaris], el contractista ha de tenir un volum anual de negoci específic relacionat amb l'objecte del contracte igual o superior al 60%, en relació amb el total de la facturació dels darrers tres anys". Així, per aquesta tipologia concreta de contractes de serveis a les persones, s'afegirà un requisit de solvència addicional a l'establert a l'apartat b)<sup>8</sup> en general per a tots els contractes compresos en l'àmbit d'aplicació objectiu del Projecte de Llei.

Al respecte, indicar que l'exigència d'aquest requisit addicional respecte el nivell de volum anual de negoci comporta l'establiment d'una important barrera d'entrada per a les empreses a la licitació, insalvable en molts casos, sense que el Projecte de Llei ho justifiqui de manera expressa en termes de necessitat i proporcionalitat. En aquest sentit, un requisit com aquest comportaria que eventuals operadors interessats en participar en la licitació, amb solvència contrastada en diferents àmbits (fins i tot en serveis similars als que fossin objecte del contracte) i que podrien presentar ofertes amb un alt nivell de qualitat (l'objectiu perseguit pel Projecte de Llei), no tinguessin ni tan sols la possibilitat de fer-ho. Aquest fet comportaria necessàriament un debilitament de les pressions competitives a les quals es veurien sotmesos els operadors que participessin en la licitació; en conseqüència, l'òrgan adjudicador disposaria d'una menor varietat d'ofertes entre les quals seleccionar l'oferta econòmicament més avantatjosa, amb un perjudici directe tant per l'Administració licitadora com, en darrer terme, als usuaris finals del servei.

Ateses les consideracions anteriors, l'ACCO recomana la modificació de l'art. 5.1 b) del Projecte de Llei i l'obligació de justificar, cas a cas, l'establiment d'un determinat nivell de volum anual de negoci com a requisit de solvència.

- Article 7 (Responsabilitat social dels licitadors, en relació amb l'article 12 (Selecció prèvia de licitadors))

L'article 7.1 estableix que en cas que s'estableixin criteris de selecció prèvia dels licitadors, d'acord amb allò previst a l'article 12, serà necessari valorar la responsabilitat social dels licitadors en algun dels aspectes específicament citats. Entre aquests aspectes figura "f) Les mesures que possibilitin que els treballadors, els usuaris o els associats formin part de les estructures de direcció o de la propietat i tinguin capacitat d'influència".

---

<sup>8</sup> "b) En cap cas es pot exigir com a requisit de solvència econòmica i financera un volum de negoci mínim anual superior al doble del valor estimat del contracte o lot pel qual es licita."

L'ACCO considera que aquesta previsió estableix una discriminació a favor de determinats tipus d'operadors (per exemple, cooperatives) que no es troba justificada, atès que el grau o nivell de responsabilitat social dels licitadors no deriva únicament del tipus o forma jurídica de l'entitat o operador de què es tracti. Cas que, de conformitat amb l'article 12, s'exigís com a criteri de selecció prèvia, una determinada forma jurídica dels operadors s'estaria establint una important barrera d'entrada a la licitació pública injustificada en termes de necessitat i proporcionalitat, que comportaria un debilitament injustificat de les pressions competitives a les quals es veurien sotmesos els participants a la licitació, amb els conseqüents perjudicis tant per l'òrgan de contractació com per als usuaris dels serveis; els operadors exclosos, amb caràcter previ, de la licitació ja no podrien ni tant sols presentar ofertes que podrien perfectament esdevenir l'oferta econòmicament més avantatjosa. En conseqüència, l'ACCO recomana la supressió d'aquesta concreta previsió.

▪ Article 16 (Criteris de valoració de les propostes)

L'article 16 estableix els elements a tenir en compte respecte els criteris de valoració de les propostes i respecte del preu, l'apartat 1 disposa que:

"a) *Respecte del preu:*

- *S'ha de comparar les diferents ofertes, entre si i amb el pressupost de licitació.*
- *El preu no pot ser superior a un 40 % del total de la puntuació.*
- *El preu ha de tenir en compte els costos relatius al cycle de vida, especialment els relatius al retorn social, sempre que sigui possible segons la naturalesa de la prestació.*
- *L'òrgan de contractació pot establir un preu fix respecte del qual les empreses licitadores no poden presentar una baixa econòmica, de manera que competeixin només en funció de criteris de qualitat, d'acord amb el sistema de valoració que s'estableixi en aquesta llei" (el subratllat no consta a l'original).*

Pel que fa als contractes de serveis sanitaris, el Projecte de Llei disposa que "*el preu, com a criteri d'adjudicació, no pot superar el 30% del total de la puntuació de la ponderació*" (article 29.3).

Així doncs, és evident que el Projecte de Llei redueix de manera molt significativa la importància dels criteris econòmics; fins i tot estableix la possibilitat d'anul·lar-lo com a criteri de valoració (quan l'òrgan de contractació estableix un preu fix respecte del qual no es poden presentar baixes econòmiques). Tot i que és evident que en aquest tipus de contractes els aspectes qualitius juguen un rol preponderant, de manera que la qualitat esdevé el criteri prioritari, no podem menystenir el fet que el preu constitueix un factor clau de competència i per aquest motiu l'ACCO considera que hauria de tenir un pes fonamental en la valoració de cada oferta. Es tracta d'un criteri objectiu, econòmicament quantificable i que acostuma a indicar el grau d'eficiència dels licitadors.

Aquesta consideració no implica que no es doni importància a la qualitat de les ofertes presentades; compaginar la importància del valor preu amb la importància de la qualitat no és incompatible, ja que existeixen mecanismes tècnics com per exemple les prescripcions mínimes tècniques o les condicions d'execució que permeten garantir el nivell de qualitat desitjat pel poder

adjudicador corresponent, però sense fer minvar la importància del factor preu per determinar l'oferta econòmicament més avantatjosa.

Recordar que un dels principals objectius dels òrgans licitadors ha de consistir, de conformitat amb les Directives en matèria de contractació (ex art 67 de la Directiva 2014/24/UE), en determinar una òptima relació entre el preu i la qualitat de les ofertes presentades. A judici de l'ACCO, no resulta possible dur a terme aquesta correcta ponderació entre qualitat i preu si es menysté d'una forma tan ostensible el criteri preu.

Per tant, es recoma modificar el Projecte de Llei per tal que el criteri preu sigui degudament valorat en l'adjudicació dels contractes de serveis a les persones. Més concretament, l'ACCO considera que cal modificar el text del Projecte de llei a fi de garantir que:

- (i) d'una banda, l'òrgan de contractació tingui capacitat per decidir que el criteri preu tingui un major pes en el total de la puntuació (és a dir, que no es limités com a regla general al 40%);
- (ii) de l'altra, que la facultat, per part de l'òrgan de contractació, d'establir un preu fix respecte dels quals les empreses licitadores no puguin presentar una baixa econòmica se circumscrigui a casos excepcionals, degudament previstos i que l'òrgan de contractació justifiqui, cas a cas, en el corresponent expedient de contractació l'oportunitat i necessitat de fer ús d'aquesta mesura excepcional.

▪ Article 38 (Reserves a determinades entitats)

L'article 38 regula l'existència de contractes reservats a determinades entitats, de manera que només les que compleixin els requisits fixats podran participar en els processos de licitació dels contractes objecte de reserva:

*"1. Es pot reservar la participació en la licitació per a determinats serveis o prestacions que estiguin inclosos en algun dels codis CPV de l'annex II, en els termes que s'estableix en els apartats següents i la disposició addicional segona d'aquesta llei, a entitats i/o empreses, amb independència de la seva forma jurídica, que acreditin tots els requisits següents:*

*a) Que, d'acord amb els seus estatuts i document fundacional, la seva finalitat sigui la prestació de serveis, els quals han d'estar identificats i directament relacionats amb la tipologia de servei objecte de la reserva.*

*b) Que, en cas que generin beneficis, aquests s'han de reinvertir en la mateixa entitat o destinar-se a objectius vinculats amb la seva finalitat social, i que si es distribueixen, la distribució sigui en tot cas d'acord amb consideracions de participació."*

*c) Que les estructures de direcció o propietat es basin en la propietat dels empleats, en principis de participació o exigeixin la participació activa dels empleats, usuaris o les parts interessades".<sup>9</sup>*

<sup>9</sup> "38.2. El Govern, o l'òrgan de govern de les entitats locals, determinarà el règim de la reserva i definirà els objectius contractuals i/o el percentatge a reservar durant un període no superior a tres anualitats.

38.3. Els contractes que es licitin d'acord amb aquest article han de complir les condicions següents: a) la solvència tècnica referent als mitjans personals no es pot acreditar per mitjans aliens; b) en l'anunci de licitació cal fer referència



Des d'una òptica de competència és evident que aquesta previsió efectivament estableix una greu barrera d'entrada al mercat: limita la participació dels operadors econòmics en determinades licitacions, ja que només aquelles entitats o empreses que compleixin els requisits esmentats podran participar-hi (bàsicament, cooperatives, societats laborals, associacions sense ànim de lucre i altres). Tanmateix, l'article 38 del projecte de llei desenvolupa una previsió ja contemplada a la Directiva 2014/24/UE, ja que el legislador comunitari va considerar necessari i proporcionat per a la consecució de determinats objectius reservar la realització de determinats serveis o prestacions a una tipologia concreta d'operadors<sup>10</sup>.

Malgrat aquesta empara de la norma comunitària, la mesura suposa la màxima vulneració del principi de lliure accés a les licitacions; per aquest motiu, l'ACCO recomana incloure a la llei una menció relativa a què l'aplicació de la reserva prevista a l'article 38 és limitat a casos excepcionals i degudament justificats en termes de necessitat i proporcionalitat en el corresponent expedient de contractació, de manera que generi la mínima distorsió possible en termes de competència.

#### 4. Conclusions

L'ACCO considera que, en general, el règim establert al Projecte de llei de contractes de serveis a les persones es troba alineat amb allò previst, per a aquesta tipologia de serveis, a la Directiva 2014/23/UE i, sobretot, a la Directiva 2014/24/UE. Seguint aquestes normes, el Projecte de llei afavoreix la valoració de criteris de tipus qualitatiu o altres de caire social en l'adjudicació d'aquests contractes, així com la participació i adjudicació dels contractes a determinades entitats o empreses que presenten unes especials característiques en termes de responsabilitat social.

En aquest sentit, l'ACCO considera que, des del punt de vista de la seguretat jurídica dels operadors, és positiva la fixació, en una norma amb rang legal, d'un marc específic per a l'adjudicació d'aquesta tipologia de contractes, que en reculli la idiosincràsia. Ara bé, sense menystenir els objectius legítims que la norma pretén assolir, és necessari incidir en el fet que l'existència de determinats objectius de caràcter social no pot fer decaure l'aplicació dels principis bàsics d'utilització eficient dels fons públics, salvaguarda de la lliure competència i la necessitat d'aconseguir la millor relació qualitat-preu en tota compra pública.

Per aquest motiu, i tenint en compte que de manera agregada (és a dir, tot el conjunt de contractes d'aquest tipus licitats pel sector públic català) l'aplicació d'aquestes noves normes pot tenir un gran impacte en les condicions de competència en el mercat, l'ACCO recomana fer un ús racional i proporcionat de les mesures contemplades en el Projecte de llei, de manera que s'evitin sacrificis injustificats a la competència.

---

*expressa a l'article 77 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública i per la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE; c) la durada màxima d'aquests contractes no podrà ser superior a tres anys.*

*38.4. Per tal de preservar la concurrència, els entitats i/o empreses adjudicatàries de contractes de serveis a les persones en virtut de la reserva prevista en aquest article no poden haver estat adjudicatàries d'una mateixa prestació o servei pel mateix poder adjudicador durant els tres anys consecutius anteriors a la licitació."*

<sup>10</sup> També es contempla a les disposicions addicionals 47a i 48a de la LCSP.



Finalment, l'ACCO considera que caldrà revisar i modificar específicament el Projecte de llei en alguns aspectes, els quals presenten importants implicacions en termes de competència. Concretament:

- Caldria revisar els requisits de solvència econòmica (article 5), ja que l'exigència d'un requisit addicional respecte el volum anual de negoci comporta l'establiment d'una important barrera d'entrada a la licitació, sense que s'hagi justificat en termes de necessitat i proporcionalitat. Així mateix, seria recomanable introduir l'obligació de justificar cas a cas l'establiment d'un concret nivell de volum anual de negoci com a requisit de solvència.
- Pel que fa l'article 7, relatiu a la responsabilitat social dels licitadors, caldrà suprimir l'apartat 1, lletra f), ja que obre la porta a exigir, com a criteri de selecció prèvia, una determinada forma jurídica dels licitadors. Des d'una òptica de competència constituiria una important barrera d'entrada a la licitació pública injustificada en termes de necessitat i proporcionalitat.
- Respecte els criteris de valoració de les propostes, caldrà modificar l'article 16 per tal que el criteri preu sigui degudament valorat en l'adjudicació dels contractes de serveis a les persones. En concret, es considera que, d'una banda, l'òrgan de contractació hauria de tenir capacitat per decidir que el criteri preu tingui un major pes en el total de la puntuació (és a dir, que no es limiti al 40%); i d'altra, que la facultat d'establir un preu fix respecte dels quals les empreses licitadores no puguin presentar una baixa econòmica, sigui d'aplicació excepcional i degudament justificada en el corresponent expedient de contractació.
- Finalment, l'ACCO recomana incloure a l'article 38 la previsió de què l'aplicació de la reserva que s'hi preveu es limiti a casos excepcionals i degudament justificats en termes de necessitat i proporcionalitat en el corresponent expedient de contractació, de manera que generi la mínima distorsió possible en termes de competència.

Barcelona, 4 de desembre de 2018.