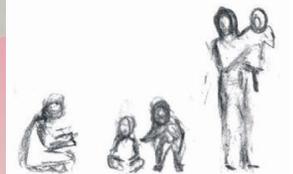


# ***La qualitat educativa a través del procés de contractació***

Teresa Moreo Marroig

13 de gener de 2023



**IEPÍ**

Institut per a l'Educació  
de la Primera Infància

# La calidad pone en jaque al precio

- La calidad de la prestación constituye el elemento que debe presidir la actividad contractual de las entidades del sector público, desde su importantísima **planificación**, hasta la todavía descuidada **ejecución**, pasando, obviamente, por la **adjudicación**.
- El precio no puede seguir siendo el protagonista de la adjudicación de los contratos públicos, en particular cuando se trata de determinados ámbitos como el de los servicios públicos esenciales y el de las prestaciones a las personas como es la gestión indirecta de las escuelas 0-3.
- Atenta al sentido común que si el presupuesto máximo de licitación desglosa los costes directos e indirectos y esos cálculos están fundamentados quiera obtenerse un precio más bajo como criterio básico de selección. O el precio más bajo es anormal o si no puede ser así calificado es un precio que no se corresponde con una práctica empresarial ordenada.

# El desafío de la calidad en la educación

- La contratación pública es una herramienta que está al servicio de políticas públicas.
- Debe facilitar nuevos modelos de contratación pública que pongan la atención en el valor de la prestación y no tanto en el precio. Se debe ir hacia una visión alejada de la inercia a ponderar como mejor el ahorro presupuestario frente a la mejor eficiencia y calidad del servicio.
- Para ello es imprescindible una apuesta decidida por parte de las Administraciones responsables en incrementar el presupuesto que se destina a la Educación infantil Pública.
- Resulta importante distinguir entre el régimen jurídico del contrato y el régimen jurídico del servicio público.
- Hay que tener presente la nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos que resulta de la LCSP/2017.

# ¿Cuáles son mis necesidades?

Puede consistir en la gestión completa de la escuela de educación infantil, la gestión de la escuela, excepto la alimentación, o exclusivamente la gestión educativa de la escuela, haciéndose cargo el ayuntamiento de limpieza, mantenimiento y alimentación.

EN CUALQUIER CASO, ANALIZADAS LAS PRESTACIONES, SON PROPIAS DE UN  
SERVICIO (Anexo IV)

Servicio de enseñanza preescolar CPV 801100000-8

# ¿Cómo las voy a gestionar?

- **Opción 1.-** Quiero trasladar todo el riesgo de la explotación al contratista, sin garantizarle que, en condiciones normales, podrá recuperar la inversión y el coste del servicio, reservándome la inspección y el control de la ejecución. CONCESIÓN DE SERVICIOS
- **Opción 2.-** Quiero que preste el servicio a riesgo y ventura, pero no quiero trasladarle el riesgo de explotación. SERVICIOS

# Reconfiguración de la gestión indirecta de los servicios públicos

## ¿Qué tipo de contrato debo tramitar?

- **ANTES:** Con el contrato de gestión de servicios públicos (CGSP), la Administración acudía al mercado en busca de un tercero que accediera a prestar un servicio de su titularidad. El contrato era el título habilitante para que un tercero pudiera llevar a cabo una actividad económica excluida del mercado. Lo hacía bajo la modalidad de concesión, concierto o economía mixta.
- **2014.** La incorporación a las Directivas europeas de cuarta generación del contrato de concesión de servicios (públicos o no públicos), antes ajeno al legislador europeo, obliga a dibujar de nuevo la tipología de estos servicios. No obliga a aniquilar el CGSP.
- **AHORA:** La LCSP debe redefinir el mapa y para ello crea diversos tipos de contratos, en función de su objeto y en función del riesgo operacional.

# Para definir el nuevo mapa se plantean dos cuestiones

- **1ª ¿EXISTE O NO UN SERVICIO PÚBLICO?**

- NO. Contrato de servicios
- Sí. Contrato de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía (art. 312)

- **2ª ¿EXISTE O NO RIESGO OPERACIONAL TRASLADADO AL CONTRATISTA?**

- NO. Contrato de servicios/servicios del 312.
- Sí. Contrato de concesión de un servicio no público o público

# Para determinar si se trata de un contrato de servicios o de una concesión

- **NO IMPORTA**

- La naturaleza de la prestación.
- Que el ingreso de la tarifa/precio se haga directamente al contratista o se haga a la Administración.
- La CPV o el VEC (STJUE 10/11/2022. Caso Sharengo)

- **SÍ IMPORTA**

- El modo de gestionarla. Si hay traslado de un riesgo económico, ajeno y sustancial o significativo. (STJUE 10/11/2022. Caso Sharengo)
- La opinión de la Oficina Nacional de Evaluación (ONE).

# Contrato de servicios en la LCSP

**17)**

- Definición muy amplia. Prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a obtener un resultado que no sea obra o suministro.

**SERVICIOS A LA CIUDADANÍA (ART. 312)**

- Especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía (Ej. Escoleta sin traslado de riesgo)
- Se aplica solo cuando se trata de servicios públicos.
- Servicio público ≠ Servicio al público.

# Contrato de servicios en la LCSP

- **Artículo 17.** prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a obtener un resultado que no sea obra o suministro .
- Definición muy amplia. Distingue los servicios del Anexo IV a los que da un tratamiento especial.
- Se abandona la idea de que los servicios eran prestaciones para los propios poderes públicos y no para los ciudadanos. La que aporta el artículo 17 de la ley es totalmente integradora: Son contratos de servicios aquellos 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 suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario. No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.
- **Artículo 312.** Servicios que conllevan prestaciones directas a la ciudadanía. Antigua GSP metida con calzador.

# **Servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía (sin transferencia de riesgo)**

## **Artículo 312. Especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía (Ej. Escoleta sin traslado de riesgo)**

### **(Se aplica solo cuando se trata de servicios públicos. Servicio público ≠ Servicio al público)**

En los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía se deberán cumplir las siguientes prescripciones:

- a) Antes de contratar deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio. La Administración conservará los poderes de policía.
- b) El adjudicatario estará sujeto prestar el servicio con continuidad y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono en su caso de la contraprestación económica fijada.
- c) Si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar el secuestro o intervención del mismo hasta que aquella desaparezca.

# Concepto del contrato de concesión de servicios en la LCSP

**Artículo 15:** Es un contrato en cuya virtud un poder adjudicador encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los mismos términos que en la concesión de obras. Debe tratarse de un servicio que no implica ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, pero sí que, en cambio, es susceptible de explotación por particulares.

**Puede haber contrato de concesión de servicios que no son servicio público y contratos de concesión de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía y, por tanto, son servicios públicos.**

La distinción entre el extinto contrato de gestión de servicios y el contrato de servicios basada en la naturaleza de la prestación ha sido desplazada por una dicotomía entre el contrato de concesión y el de servicios fundada en la transferencia de riesgo.

# Contratos de concesión de servicios: Regulación

**Art. 284 LCSP** La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares. Tanto los del art. 17 como los del art. 312.

Antes de proceder a la contratación de una concesión de servicios, **en los casos en que se trate de servicios públicos (los del 312)** deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

La explotación de los servicios **implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional.**

# El riesgo

- **LCSP:** Se considerará que el concesionario asume un **riesgo operacional** cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

# ¿Cuándo hay traslado de riesgo operacional?

- ✓ **RIESGO OPERACIONAL:** Riesgo de demanda (matrícula) o riesgo de suministro/disponibilidad (riesgo a que quede demanda sin ser atendida debidamente; ser capaz de suministrar los servicios demandados y alcanzar nivel de calidad) o ambos.
- ✓ Debe ser un riesgo económico, un riesgo ajeno y un riesgo sustancial o significativo. A pesar de que sea muy limitado.
- ✓ La transferencia es exigible bajo condiciones normales de funcionamiento del mercado.
- ✓ A pesar de que el riesgo operacional sea muy reducido, como es el caso de las escuelas infantiles, puede haber concesión si se traslada ese riesgo. (Resolución 110/2017 y 195/2022: TARC Andalucía) Este criterio es el que inspira la doctrina comunitaria. (STJUE 10/11/2022. Caso Sharengo.)
- ✓ A pesar de que los conceptos «contrato de servicios» y «concesión» son conceptos autónomos del Derecho Europeo y deben ser interpretados de manera conjunta conforme la jurisprudencia del TJUE en todo los Estados, la **ONE** tiene un criterio propio y es muy estricta en sus informes. **(Oficina Nacional de Evaluación, art. 333 LCSP y Orden HFP/1381/2021, de 9 de diciembre, por la que se regula la organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación.)**

# Dos posturas confrontadas

**TARC Andalucía: Resolución 195/2022: Contrato prestación del servicio de las Escuelas Municipales Infantiles "Cervantes y Fuentezuelas" del Patronato Municipal de Asuntos Sociales. El pliego prevé 320,71 € plaza, sin comprometerse a número de plazas.**

El recurrente alega error en los pliegos (redactados en noviembre de 2021) al calificar jurídicamente el contrato como de servicios dado que se trata de una concesión de servicios en la que existe transferencia del riesgo operacional al contratista, en la medida que el precio del contrato (320,71€/plaza) depende de la demanda de plazas existente en cada momento y el adjudicatario está obligado a conservar las instalaciones en perfecto estado. **El Tribunal estima que ES CONCESIÓN.**

**ONE: Informe 22024. Contrato de Concesión del Servicio Público de Atención Socioeducativa en la Escuela Infantil Europea de Mijas. El pliego prevé 320,71 € plaza, sin comprometerse a número de plazas.** La ONE considera que aunque se puede constatar que la aportación municipal no es suficiente para cubrir los costes de explotación, las disminuciones de demanda necesarias para llegar al punto muerto del proyecto, que generarían ingresos que no fueran suficientes para cubrir los costes del servicio (menos de 133 usuarios), son situaciones que parece poco probable que se produzcan. No se identifica un grado suficiente de incertidumbre para entender que exista transferencia de riesgo operacional al concesionario. **La ONE entiende que NO ES CONCESIÓN**

# Conclusión: el principio de eficiencia obliga a la correcta proyección inicial del negocio

Un procedimiento de licitación es largo y complicado. Su duración puede alcanzar los seis meses. Debe hacerse un correcto diseño del contrato: objeto, duración, calificación, división en lotes, riesgo. Si se proyecta mal el contrato habrá retrasos y cuando llegue el día en que finaliza el contrato vigente no estará formalizado el nuevo contrato. **Evitemos riesgos innecesarios.**

**Para tramitarlo como concesión, debe identificarse un grado suficiente de incertidumbre para entender que exista transferencia de riesgo operacional al concesionario**

Debe elaborarse de un estudio económico las necesidades a satisfacer, con la estimación de gastos y la estimación de ingresos: Gastos fijos (personal) y gastos variables (gastos operacionales). Ingresos fijos e ingresos variables (Ingresos en función de la demanda. Ingresos público. Otros ingresos)

# La elección de una modalidad u otra y sus consecuencias. Comparativa.

## SERVICIOS

- **SARA**,  $\geq 750.000\text{€}$
- **RECURSO ESPECIAL**,  $>100.000\text{€}$
- **VEC**, se deben calcular conforme al artículo 101 de la LCSP. Debe incluir el valor agregado de las prestaciones que integren el contrato o importe total pagadero al contratista, excluido el IVA, comprendiendo, en su caso, los cobros por cuota de las familias más el precio que paga la Administración, excluido IVA. Al VEC se incluirá modificados previstos (art. 204) y prórrogas si se prevén.
- **PBL**, precio que paga la Administración contratante, incluido IVA, si procede. Gasto máximo (total vigencia contrato, no prorrogas). Se debe presupuestar y certificar su existencia de crédito.

## CONCESIÓN

- **SARA**,  $\geq 5.382.000\text{€}$
- **RECURSO ESPECIAL**,  $>3.000.000\text{€}$
- **VEC**, se deben calcular conforme al artículo 101 de la LCSP. Se tomará el importe neto de la cifra de negocios (estudio de viabilidad), excluido el IVA, comprendiendo la estimación de precios de cuotas de las familias más el precio que paga la Administración, que constituye el PBL. Al VEC se incluirá modificados previstos (art. 204). Adicionalmente, se unirá el valor de todos los suministros y servicios que el poder adjudicador ponga a disposición del concesionario, siempre que sean necesarios para la prestación del servicio y los pagos por subvenciones públicas (del poder adjudicador o de otra autoridad).
- **PBL**, precio que paga la Administración contratante, incluido IVA, si procede. Gasto máximo (total vigencia contrato, no prorrogas). Se debe presupuestar y certificar su existencia de crédito.

# Comparativa

## SERVICIOS

### CONTENIDO DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN:

1 PCAP y PPT

2 Memoria explicativa

3 Certificado crédito

4 Informe adecuación precio mercado

5 Informe calculo PBL y VEC

6 Informes preceptivos

## CONCESIÓN

### CONTENIDO DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN: Documentos 1-6 y además:

- Memoria explicativa que incluya análisis de los costes y beneficios del proyecto y de las ventajas cuantitativas y cualitativas que aconsejan la utilización del contrato de concesión frente a otros tipos contractuales.
- Estudio de la transferencia del riesgo operacional con detalle de las aportaciones públicas previstas y de las medidas de apoyo a la financiación.
- Impacto presupuestario del proyecto. Cuadro que recoja la estimación de los compromisos de gasto público distribuidos a lo largo de toda la vida del contrato.
- Estudio de viabilidad, con previsión de ingresos y de gastos, que tendrá carácter vinculante en los supuestos en que concluya en la inviabilidad del proyecto.
- Informe preceptivo de la ONE (si el VEC > 1M€) previsto en el artículo 333.3 de la LCSP. (Informe preceptivo de evaluación básica art. 9 de la Orden 1381/2021)

# Comparativa

## SERVICIOS

- **LICITACIÓN:** Se podrá adjudicar por procedimiento abierto o restringido.
- **CRITERIOS:**
- 51% cualitativos

## CONCESIÓN

- **LICITACIÓN:** Solo se puede adjudicar por restringido (Art.131.2).
- **CRITERIOS:**
- 51% cualitativos. Obligatorio valorar de forma automática la cuantía de la reducción que oferten los licitadores sobre las aportaciones públicas previstas en el expediente de contratación

# Comparativa

## SERVICIOS

**Artículo. 29.4.-** Posibilidad de continuar si se cumplen ciertas circunstancias: periodo máximo 9 meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de 3 meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario.

**Subcontratación.-** Es posible

## CONCESIÓN

**Artículo 288.-** Obligación de continuar prestando el servicio hasta el nuevo contrato, una vez que se ha producido el cumplimiento del mismo

**Subcontratación.-** Solo prestaciones accesorias



## Elementos económicos del contrato

# Recorrido económico de un expediente de contratación

- De acuerdo con el artículo 28, la primera obligación es definir las necesidades a satisfacer y valorarlas económicamente.
- Para ello se debe acudir al mercado para conocer los precios y poder calcular el presupuesto de licitación.
- En base a él y a las cláusulas del PCAP, se debe calcular el valor estimado del contrato, que va más allá del presupuesto de licitación. El método utilizado para calcularlo debe figurar en el PCAP.
- Cuando se adjudique el contrato el precio adquiere carta de naturaleza.

# Conceptos económicos en estos contratos.

## Glosario.

- Coste del servicio:** Previsión global del coste de las necesidades a satisfacer. Base para el PBL y el VEC
- Financiación:** fuente de provisión de fondos del ayuntamiento. No tiene porqué figurar en el PCAP, ni en las ofertas.
- Valor estimado:** cifra tope que puede alcanzar a recibir el contratista durante la total duración del contrato en las condiciones que finalmente se ejecute, provenga o no de la Administración. Calculado conforme las reglas del art. 101.
- Presupuesto base de licitación:** límite máximo de **gasto** que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, el IVA incluido, si procede. Si no hay gasto no se fija este importe. **Si el contratista va a recibir una parte del precio directamente de los usuarios, el PBL no debe incluir esta parte y la consignación presupuestaria y aprobación del gasto se limitará a la parte del precio que deba recibir de la Administración.**
- Importe de licitación:** importe sobre el cual las empresas hacen sus ofertas. **compuesto por la aportación del Ayto.+la aportacion de los usuarios. (Guía: tanto si se ingresa en la Admon. Como en la cta. del contratista). ¿Presupuesto para conocimiento de la Admon.?**
- Precio del contrato o importe de adjudicación:** Cantidad que finalmente será abonada al contratista en función de las prestaciones realizadas, bien por la Administración, bien por el ciudadano. **Puede ser a tanto alzado o a precios unitarios.** Si hay baja sobre el PBL, podrían reducirse las cuotas de la usuarios, modificando la ordenanza..
- Cuotas/Precio del servicio/ Precio público/ Tasa/Tarifa:** Importe que satisface el usuario. Si la recauda la Administración es una tasa. Si la recauda el adjudicatario es una tarifa. Debería estar diferenciada para cada tramo y servicio.

# «Tasa» que abona el usuario; «tarifa» que recibe el adjudicatario

La TASA, precio que se abona a la Administración y se ingrese en el presupuesto público. Para el servicio 0-3 se puede entender como coactivamente impuestas, porque la actividad o el servicio requerido es objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar o, dicho en otras palabras, cuando la renuncia de estos servicios priva al particular de aspectos esenciales de su vida privada o social, considerando coactivamente impuestas las prestaciones pecuniarias que derivan de su utilización. Tiene carácter de **precio público, a diferencia de otros servicios** (por ej.:servicio de actividades deportivas) que ofrece un Instituto Municipal de Deportes , **que no puede entenderse coactivo y tiene caracter de precio privado.**

TARIFA se entiende como precio que se abona al contratista/ concesionario. Si es servicios, el 312 se refiere a "la contraprestación económica fijada"; si se incluye el ingreso de la tasa que se abona directamente al contratista, se corresponde a la tarifa del 289,2. Esta tarifa formará parte del precio establecido en el contrato, junto con la aportación de la Administración.

**En definitiva, se denomina TASA si se ingresa en el presupuesto público y TARIFA si se ingresa en la cuenta del adjudicatario. (Joaquin Tornos. <https://obcp.es/opiniones/la-sentencia-del-tribunal-constitucional-de-9-de-mayo-de-2019-sobre-las-tarifas-de-los>)**

# El presupuesto base de licitación

Es el **límite máximo de gasto** que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, el IVA incluido, si procede. Si no hay gasto no se fija este importe.

**Si el contratista va a recibir una parte del precio directamente de los usuarios, el PBL no debe incluir esta parte y la consignación presupuestaria y aprobación del gasto se limitará a la parte del precio que deba recibir de la Administración.**

El PBL se desglosará indicando en el PCAP los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el PBL indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

# **Coste del servicio, presupuesto base de licitación, importe licitación**

**COSTE DEL SERVICIO: 2.770.326,42**

**IMPORTE POR TASA DE LAS FAMILIAS: 394.176,00**

**OPCIÓN 1/- INGRESOS DE LAS FAMILIAS A LA ADMINISTRACIÓN**

PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN: **2.770.326,42**

**OPCIÓN 2/-INGRESOS DE LAS FAMILIAS AL ADJUDICATARIO**

PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN: **2.376.150,42 (2.770.326,42 – 394.176,00)**

**IMPORTE LICITACIÓN en opción 1 y 2: 2.770.326,42 (GUÍA)**

# Reglas para la determinación del PBL según el TCRC y otros tribunales

- 1) Definir la prestación que va a licitar y calcular su coste. Evitar fraccionamiento ilícito.
- 2) Respetar el criterio: relación calidad-precio, de manera que se busque maximizar la satisfacción de los usuarios del servicio así como la optimización del valor del dinero proveniente de los recursos públicos.
- 3) Se cuidará que el precio sea adecuado al mercado.
- 4) Desglosado costes directos y costes indirectos. No es necesario este desglose en concesión de servicios, donde existe un específico estudio de viabilidad económico-financiera , ni tampoco si el precio se configura a precios unitarios. (TACRC 84/2019 y 633/2019)
- 5) Desglose de costes salariales por categoría y género. Solo si es precio; si es coste solo, no. Se exige si es un contrato de servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales y sean prestaciones directas a favor del órgano de contratación y formen parte del precio (excluye el servicio de escoltes). Solo en estos contratos se debe desglosar. (TACRC 633/2019)
- 6) ¿Qué convenio colectivo? LICITACIÓN: Para calcular el PBL, se estará al convenio colectivo sectorial. Si se conocen condiciones retributivas superiores en un convenio de centro, será referencia para calcular el presupuesto (TACPA 189 y 190/2020). EJECUCIÓN: La obligación que se impone en el artículo 122 de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación, no excluye la existencia de convenios de empresa, que serán de aplicación preferente. No infringe el principio de libre competencia que la empresa disponga de convenio de empresa. (TACRC 1464/2019, 1386/2020, 928/2020)
- 7) Costes derivados de subrogación laboral. ¿El PBL debe cubrir todos los costes derivados?

# Correcta presupuestación del gasto

- 1) El crédito que ampara el expediente de contratación puede ser imputado con cargo a un solo ejercicio presupuestario o a varios, dentro de los límites que las normas presupuestarias de aplicación establezcan para los compromisos de gastos plurianuales. Las previsiones presupuestarias iniciales que se establezcan en los pliegos deben adecuarse al ritmo de ejecución del contrato y de reconocimiento de las obligaciones previsto, momento que determina el ejercicio presupuestario al cual ha de quedar imputado un gasto.
- 2) A pesar del momento en que se produce el devengo económico, el criterio general para determinar cuándo debe aplicarse una obligación a un ejercicio determinado es el del acto del reconocimiento de la obligación, el devengo presupuestario.
- 3) Durante la tramitación del expediente y la ejecución del contrato se debe adaptar el ritmo de financiación al ritmo de ejecución.

# Reglas para la determinación del VEC

- ✓ 1ª.- Su determinación en los pliegos es obligatoria con independencia de si el contrato implica un gasto para el poder adjudicador o no.
- ✓ 2ª.- Definir la unidad funcional desde el punto de vista objetivo, operativo, económico o material (el objeto del contrato) y unidad funcional desde el punto de vista orgánico o subjetivo (el órgano de contratación).
- ✓ 3ª.- Decidir de manera motivada la duración del contrato, conforme los artículos 28, 29 y 101, apartados 9, 10 y 11.
- ✓ 4ª.- En base a lo anterior, aplicar el método adecuado para calcular el volumen global de negocio de las prestaciones que se van a licitar. La cifra que corresponde al máximo de ingresos que podría llegar a percibir el contratista, siempre IVA excluido.
- ✓ 5ª.- Calcular el coste de las prórrogas previstas (solo contratos de actividad) y modificado previsto.
- ✓ 6ª.- Añadir premios, primas, ventajas financieras, rentas, subvenciones, etc.

# Cálculo del VEC en el contrato de servicios

**El importe total, sin incluir el IVA, pagadero según sus estimaciones, incluyendo los ingresos derivados del cobro a los usuarios de las tarifas aprobadas por la Administración y/o la aportación económica de la Administración.**

- ✓ Además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial, se debe tener en cuenta:
- ✓ Cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.
- ✓ Cuando se haya previsto abonar primas o efectuar pagos a los candidatos o licitadores, la cuantía de los mismos.
- ✓ En el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204, se haya previsto en el PCAP la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que este pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones al alza previstas.

# Cálculo del VEC en el contrato de concesión de servicios

El importe neto de la cifra de negocios, sin incluir el IVA, que según sus estimaciones, generará la empresa concesionaria durante la ejecución del mismo como contraprestación por los servicios objeto del contrato, así como de los suministros relacionados con estos servicios. Además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de la concesión, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial, se debe tener en cuenta:

- ✓ Cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.
- ✓ Cuando se haya previsto abonar primas o efectuar pagos a los candidatos o
- ✓ licitadores, la cuantía de los mismos.
- ✓ En el caso de que se haya previsto en el PCAP la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que este pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones al alza previstas.

## Y además,

1. La renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de los servicios, distintas de las recaudadas en nombre del poder adjudicador.
2. Los pagos o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, concedidos al concesionario por el poder adjudicador o por cualquier otra autoridad pública, incluida la compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público y subvenciones a la inversión pública.
3. El valor de los subsidios o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, procedentes de terceros a cambio de la ejecución de la concesión.
4. El precio de la venta de cualquier activo que forme parte de la concesión.
5. El valor de todos los suministros y servicios que el poder adjudicador ponga a disposición del concesionario, siempre que sean necesarios para la prestación de servicios.

# Seleccionar la mejor oferta



# Criterios para elegir la mejor relación calidad-precio

- **DA 47 de la LCSP:** Principios aplicables a los contratos de concesión de servicios del anexo IV y a los contratos de servicios de carácter social, sanitario o educativo del anexo IV.
- **Debe garantizarse: 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 de los usuarios de los servicios; y la innovación en la prestación del servicio.**
- Se podrá utilizar criterios tales como la experiencia del personal adscrito al contrato, la reinversión de los beneficios obtenidos en la mejora de los servicios que presta; el establecimiento de mecanismos de participación de los usuarios y de información y orientación de los mismos.
- Intervención del Comité de Expertos u Organismo VERDADERAMENTE especializado.

# Criterios para elegir la mejor relación calidad-precio

**Art. 145 LCSP.** En los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, **los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación** asignable en la valoración de las ofertas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 146. (puede ser necesario un comité de expertos encargado de la valoración )

Valorable con formula. Disminución de la ratio.

Criterios de calidad

Valorable con juicio de valor (proyecto gestión educativa)

¿Adjudicación en base a un precio/coste fijo y que los licitadores compitan solo en términos de calidad? (Ver pliego Jaen que se adjunta)

La Directiva lo permite. La LCSP no habilita expresamente pero no significa que no sea posible si está debidamente justificado.

# Concepto amplio de calidad

- Aunque en lenguaje común la palabra calidad tiene un sentido más restringido, **a efectos de la LCSP incluye los referidos a aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores. (OARC Euskadi 123/2018)**
- **Proyecto de gestión educativa** y organizativa del centro (Propuesta pedagógica, Relaciones con familias y su participación en la escuela, Plan de atención a la diversidad del alumnado, Proyecto coeducativo con perspectiva de género, planificación de los recursos económicos y de la provisión de personal , gestión de materiales, servicios y suministros, proceso de admisión y matriculación, mecanismos de relación con el Ayuntamiento ...)
- **Introducción de alimentación ecológica** de circuito corto. Composición y variedad de los menús. Introducción de productos integrales, **Plan de reducción del desperdicio**,...
- **Número de profesionales que se amplían** a partir de los mínimos exigibles y mejora de las titulaciones mínimas exigidas.
- **Disminución de la ratio.**

# ¿Es posible valorar la organización, cualificación y experiencia del personal?

- El art. 145 de la LCSP lo permite para cualquier contrato, **siempre y cuando pueda afectar de manera significativa a la buena ejecución del contrato. (TACRC 494/2019: JCCAE 108/2018)**
- **La DA 47 habilita claramente para estos contratos.**
- **¿Y valorar la experiencia del personal que se debe subrogar?** Sí, porque la obligación de subrogación que impone el convenio colectivo a los adjudicatarios supone el deber de integrar en su plantilla a los trabajadores de la empresa cesante pero en ningún caso a mantenerlos en el mismo puesto de trabajo. En estos casos, habrá que dar información sobre la formación y experiencia del personal a subrogar. **(TCCP 156/2021)**

# Certificados de garantía de calidad y de gestión medioambiental y distintivos

## ¿Pueden ser considerados criterios de adjudicación?

- **Sí, si están claramente vinculados con el objeto del contrato.**
- **¿Y los certificados como el ISO 9001 y el 14001 que hacen referencia exclusivamente a características propias de las empresas?**
- **El TCCP ha cambiado de criterio. No los admitía (Res. 939/2018) y ahora los admite (Res. 786/2019), siempre y cuando exista una motivación suficiente de que están claramente vinculados al objeto del contrato (en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida) y repercuten en el resultado de la concreta prestación solicitada, permitiendo una evaluación comparativa de las ofertas.**
- **¿Distintivo de igualdad en la empresa. Red DIE?**
- El TCCP considera que carece de relación directa con la prestación de objeto de un contrato de limpieza (Res. 456/2019)
- **¿Sello distintivo de los Productos Lácteos Sostenibles ?** Sí se admite porque tiene relación con el objeto del contrato.

# La proximidad como criterio en un servicio de comedor

## ¿Puede ser considerado criterio de adjudicación?

- **TACRECON Resolución nº 1147/2019** . Servicio de catering de escuelas infantiles (0 a 3 años)”, con expediente convocado por el Ayuntamiento de Langreo.
- **CRITERO DE ADJUDICACIÓN: Criterio de cercanía: Máximo 20 puntos.**

*«Se valorará la proximidad de las cocinas centrales con respecto a los centros donde se presta el servicio. Para determinar el rango de puntuación que corresponda, se tomará como referencia la distancia del centro educativo que se encuentre más alejado a la cocina central.»*

### • **EL TRIBUNAL RESPONDE:**

- 1/- carácter excepcional para la admisibilidad de cláusulas del denominado arraigo territorial.
- 2/- el órgano de contratación no permitió a los licitadores conocer la razón de la inclusión del criterio de arraigo territorial, así como tampoco ha justificado su necesidad, siendo pacífico que dicho criterio supone una restricción a la concurrencia y a la libertad de acceso.
- 3/- **QUEDA ANULADO EL PLIEGO.**

**CONCLUSIÓN: SE DEBE MOTIVAR DEBIDAMENTE**

# Mejoras como criterio de adjudicación

Toda mejora debe producir un beneficio o resultado provechoso en la Administración, vinculado al objeto del contrato.

La Directiva las considera aconsejables porque promueven la innovación y la competencia.

**LCSP, art. 145.7:** “prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el PPT, sin que puedan alterar la naturaleza del contrato”. La regulación de las mejoras en la LCSP es muy deficiente porque las trata como si fueran “variantes”. Por un lado exige que sean prestaciones adicionales y accesorias que el órgano de contratación desconoce que existen en el mercado y pueden ser ofrecidas por las empresas licitadoras y por otro exige su concreción. Misión difícil ( TARCP 509/2018).

## **¿Qué significa adicionales?**

Puede entenderse de dos maneras distintas:

- ✓ Todas las adicionales que exceden de las obligatorias.
- ✓ Solamente las prestaciones adicionales no definidas en el pliego.

La JCCAE Inf. 1/2021 admite las dos opciones.

Ejemplo admisible: Proyecto de iniciación al inglés, número de profesionales que se amplían a partir de los mínimos exigibles, mejora de las titulaciones mínimas exigidas.

Ejemplo no admisible: Entrega de una cámara frigorífica, organización de fiestas de cumpleaños fuera del centro,...

# ¿El precio como criterio objetivo de adjudicación?

La Matemática y la objetividad son dos conceptos que tendemos a asociar. Por ello es fácil caer en la tentación de pensar que la utilización en los pliegos de criterios de adjudicación que se deben valorar mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas, como es el caso del precio, aseguran el cumplimiento del principio de objetividad. Pero no es del todo cierto. Son tantos los aspectos discrecionales que giran en torno al precio, que al final puede resultar un criterio bastante “subjetivo”.

**¿Esto significa que para valorar el precio solamente se pueden utilizar fórmulas lineales?** No, la LCSP da libertad de elección de las formulas al órgano de contratación. Lo que ocurre es que sobre la base de esta libertad de elección se han empleado en muchas ocasiones las fórmulas para predeterminar los resultados. La formula debe quedar debidamente justificada en el expediente.

La Guía propone un máximo de 20% de la puntuación total.

**¿Es posible no valorar el precio?**

**La DCP lo permite, la LCSP no lo dice expresamente**

**Art. 145,2: Los criterios cualitativos deberán ir acompañados de un criterio relacionado con el coste (puede ser precio, rentabilidad, coste ciclo de vida)**

# Fórmulas para valorar el precio

- En cuanto a las formulas, **la elección se tendrá que justificar en el expediente** (Art. 146.2.b LCSP)
- **No se admite** formulas que otorguen **mayor puntuación a la oferta que presenta la baja media ni las que** atribuyen una puntuación a todo licitador por el mero hecho de presentar oferta.
- Si se admiten las fórmulas proporcionales directas como las proporcionales indirectas.
- Evitar formulas complejas y confusas. Evitar fórmulas que reclaman una literatura paralela para su aplicación.
- Se admiten fórmulas que modulen la puntuación, que van otorgando puntos pero nunca se llega a obtener la puntuación máxima, cuando se trata de servicios especializados y de alta cualificación y requieren una formula que no potencie la diferencia entre precios para evitar desvirtuar la relación calidad-precio y evitar que los licitadores no se sientan incentivados.
- La formula que no se cuestiona es la fórmula proporcional lineal, que da a la mayor baja la máxima puntuación y cero puntos a no hacer baja. El resto de forma proporcional:
- $P_i = P_{max} \times (B_i/B_{max})$ . (En esta fórmula, en los casos en los que las bajas sean pequeñas, las diferencias en puntos es excesivamente grande)

# ¿Están prohibidos los umbrales de saciedad?

Los llamados “umbrales de saciedad” son las distintas **fórmulas que se emplean para limitar la valoración de las ofertas y no conceder puntos adicionales a partir de determinado umbral**. Por ejemplo, el criterio precio tiene atribuidos 25 puntos y esta puntuación máxima la obtienen tres ofertas económicas distintas (2.564.233€, 2.500.000€ y 1.900.000€)

**Existen criterios muy dispares sobre su aceptación.**

- ✓ El TACRC no admitía y otros tribunales tampoco. Tampoco el Tribunal de Cuentas y nuestra Sindicatura. El argumento es que desvirtúa la ponderación teórica que se da al precio y que se puede acabar adjudicando el contrato a una oferta económica con un precio más elevado que las otras.
- ✓ El TACR ha cambiado de criterio y ahora lo admite, siempre que esté debidamente justificado en el expediente y sin necesidad de acudir a un comité de expertos para valorar los criterios sometidos a juicio de valor.
- ✓ El asunto ha llegado a tener interés casacional. Estamos a la espera de que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre los “umbrales de saciedad” ( Recurso de casación 7797/2020)

# La valoración en fases

## Recomendado por la Guía

### Art 146.3 LCSP

Consiste en establecer un umbral mínimo del 50% de la puntuación que se otorgue a los criterios cualitativos para continuar valorando las ofertas.

Muy recomendable para la adjudicación de estos contratos.

También existen **criterios dispares sobre el modo de aplicar este precepto**.

- JCCAIE Inf. 6/2020. Analiza su aplicación en negociado bajo el criterio del TJUE
- TARC Andalucía. Pueden ser criterios sujetos a juicio de valor o de valoración automática
- Tribunal de Cuentas.- Debe intervenir un comité de expertos
- OARC Euskadi.- No debe intervenir un comité de expertos

# **La ejecución del contrato y el control**



# Condiciones especiales de ejecución

**Art. 202.- Obligaciones incorporadas a los pliegos que el órgano de contratación considera esenciales para una contratación estratégica que persigue ciertos objetivos de política medioambiental, social, ética o de innovación y cuyo incumplimiento merece consecuencias más severas.**

- ✓ Como mínimo debe establecerse una.
- ✓ Diferentes a los criterios de adjudicación.
- ✓ No pueden ser discriminatorias.
- ✓ Relacionadas con el objeto del contrato, directa o indirectamente.
- ✓ Las debe cumplir también el subcontratista.

El cumplimiento de las obligaciones legales no puede ser una condición especial de ejecución pero sí lo puede ser la justificación de su cumplimiento y el sometimiento a sistemas de control.

**Ejemplo:** Que la entidad adjudicataria organice por cada año de ejecución del contrato una o varias acciones formativas con una duración acumulada de, al menos, 20 horas anuales, que mejoren la ocupación y la adaptabilidad de las personas adscritas a la ejecución del contrato, así como sus capacidades y su calificación.

**Si el pliego las considera obligaciones contractuales esenciales se puede llegar a la resolución del contrato si se produce incumplimiento.**

# La subcontratación de la ejecución del contrato, ¿un peligro?

**No tiene sentido que mimemos el proceso de selección del adjudicatario en vistas a una ejecución de calidad y luego lo ejecute otra empresa que no hemos fiscalizado.**

## **El PCAP debe poner freno**

**Art. 215.-**El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, salvo que la prestación o parte de ella haya de ser ejecutada directamente por el primero. En el caso de que se limite la subcontratación el pliego debe indicar el motivo o las tareas críticas que no se pueden subcontratar.

El PCAP debe establecer las reglas de la subcontratación.

**Art. 296.-** En el contrato de concesión de servicios la subcontratación solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias.

¿Qué son prestaciones accesorias? ¿Servicios de catering, limpieza, conserjería, ajardinamiento, administración, mantenimiento,...?

¿Es posible limitar la subcontratación en el contrato de servicios?

Sí, siempre que se motive debidamente.

## ¿Es oportuno prever modificados?

- PREVISTAS EN EL PCAP. Si el contrato se licita por el total de plazas autorizadas, en principio, no tiene sentido prever esta modificación pero, la necesidad de aumentar el número de unidades durante el curso, hasta el límite autorizado, debería recogerse en el PCAP.
- NO PREVISTA EN EL PACAP. Las modificaciones imprevistas por circunstancias sobrevenidas, imprevisibles en el momento de licitar, pueden alcanzar el 50% del precio.
- Las modificaciones no sustanciales, justificando porque no se incluyeron en el contrato, pueden alcanzar el 10%.

# Control de la ejecución

## Es la asignatura pendiente

- **Esencial en estos contratos. La oferta puede quedar en papel mojado.**
- Es responsabilidad de la Administración la buena ejecución de los contratos.
- **Existe un cambio de perfil profesional** de las personas que se ocupan de la fase de ejecución, respecto a las personas que se ocuparon de la licitación y adjudicación. Esta fase ha transcurrido por un sendero formal jurídico, controlado por los Servicios jurídicos y por la Intervención; sin embargo, una vez formalizado el contrato, a veces no se sabe muy bien por donde discurre, puesto que el perfil profesional que lo controla, concedor a fondo de la materia contratada, en muchas ocasiones carece de formación jurídica.
- El artículo 62 de la LCSP determina que con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos, los órganos de contratación deberán designar un **responsable del contrato** al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada.
- Los pliegos deberían establecer herramientas organizativas, formales y materiales para llevar a cabo su función. Sería interesante realizar auditorías sistemáticas de las tareas de supervisión llevadas a cabo por los responsables de contrato. **AUDITORIAS.**

# ¿Qué se puede hacer para mejorar el control de la ejecución?

- El **PCAP podría contemplar la obligación de realizar una auditoria técnica**, periódica (puede ser anual).
- Se trata de obtener una foto lo más ajustada posible a la realidad de como está funcionando el servicio. Las herramientas serán la revisión documental, la revisión ocular, entrevistas personales, ...
- Es necesario que se establezcan **indicadores de verificación que resulten de utilidad al responsable del contrato, definiendo los apartados que se han de revisar: check list de comprobación.**
- Su finalidad es conocer el grado de cumplimiento del objeto del contrato, conforme a la oferta presentada, evaluar si los servicios se corresponden a las necesidades de las familias, planteando los puntos a reformar y los incumplimientos del contractista, con el objeto de llevar a cabo acciones correctoras, amonestaciones y penalizaciones, en su caso.

# Penalidades: ¿por qué es tan amable la Administración con los contratistas?

## MULTAS CORCITIVAS

La LCSP establece **penalidades por ejecución defectuosa y penalidades por mora.**

Tienen una naturaleza coercitiva pues se imponen durante la fase de ejecución del contrato cuando el contratista incurre en cumplimiento defectuoso o mora y su finalidad es estimular el correcto cumplimiento del contrato.

Es fundamental que el PCAP prevea la posibilidad de imponer penalidades o de resolver el contrato cuando se produzcan incumplimientos de las obligaciones del contrato, incluidas las condiciones especiales de ejecución. Los incumplimientos se deben calificar en el PCAP (leve, grave, muy grave) y detallar la penalidad de cada uno.

**Los incumplimientos que pueden dar lugar a las penalidades deben quedar certificados por el responsable del contrato. De este incumplimiento se dará traslado al contratista para que realice las alegaciones oportunas. El órgano de contratación resolverá y la penalidad se hará efectiva con el correspondiente descuento en la próxima certificación.**

Ejemplo: Compromiso de introducción de alimentación ecológica o de productos de comercio justo en el servicio de comedor. El incumplimiento de esta obligación tendrá la consideración de incumplimiento grave y dará lugar a la imposición de una penalidad del 7% del precio del contrato.

# Conclusiones

1. La LCSP no puede ser un impedimento para la buena gestión de las Escoletes.
2. Los procedimientos son muy largos y por tanto, es fundamental la buena proyección desde el inicio. La concesión tiene muchos números para fracasar.
3. Huir de los PPT confusos, profusos y difusos. Debe concretar el objeto del contrato y modo de ejecutarlo.
4. El PCAP debe ir dirigido a obtener CALIDAD del servicio, salvaguardando la oportuna elección de la empresa que lo va a llevar a cabo y aportando herramientas para la correcta ejecución.
5. No confundir valor con precio. Los poderes públicos deben implicarse incrementando los presupuestos que se dedican a educación.
6. Hay que superar la asignatura pendiente del control de la ejecución pero para ello es necesario dotar de herramientas al responsable del contrato.

**«Cuanto más te observo mejor te comportas» (Jeremy Betham )**

*Gracias por vuestra atención*



**TERESA MOREO**

PRÁCTICA LEGAL Y FORMACIÓN

info@teresamoreo.es · +34 609 464 327

[www.teresamoreo.es](http://www.teresamoreo.es)