

**Francisco Manuel Calero del Valle**, en calidad de Secretario General de la Comisión Consultiva de Contratación Pública,

**CERTIFICA:** Que la Comisión Permanente de este órgano consultivo en sesión celebrada el 12 de diciembre de 2019, ha aprobado el siguiente documento, estando pendiente de aprobación el acta de la sesión:

**INFORME 13/2019, DE 12 DE DICIEMBRE, SOBRE EL TEXTO DEL BORRADOR DEL “PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REGULA EL CONCIERTO SOCIAL PARA LA PRESTACIÓN DE LA ATENCIÓN INFANTIL TEMPRANA”.**

**I.- ANTECEDENTES.**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 2.1. a) del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regula la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía, se somete a informe de este órgano el proyecto de Decreto por el que se regula el concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana.

Primeramente hay que señalar que este órgano consultivo, mediante el informe 13/2017 de 15 de diciembre de 2017, ya se pronunció sobre la figura del concierto social a propósito del proyecto de Decreto por el que se regula la prestación de los servicios sociales a través de la figura el concierto social en la Comunidad Autónoma de Andalucía, a cuyas consideraciones sobre esta figura nos remitimos, constituyendo su fundamento el informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía SSPI00055/17 de 14 de noviembre.

A raíz de este informe del Gabinete Jurídico, es preciso mencionar las conclusiones que el Consejo Consultivo realiza en su dictamen nº 0058/2018, de 7 de febrero sobre el citado proyecto de Decreto a propósito de considerar el concierto social como un contrato administrativo especial:

*“En cualquier caso, lo cierto es que en la calificación contenida en el Proyecto de Decreto no desvirtúa la finalidad esencial perseguida por la regulación de la Ley 9/2006, pues la conceptualización del concierto social como contrato administrativo especial no empaña la visión de las singularidades propias de esta figura ni anula la necesidad de configurar un régimen jurídico ad hoc, sino que reconduce la disciplina del concierto social a una categoría conocida, con perfiles propios, en el seno de la cual pueda satisfacerse los requerimientos que llevaron a concebir el concierto social como una “modalidad diferenciada” de las recogidas en la normativa de contratos del sector público.”*

*Más allá del nomen iuris empleado por el legislador, volvemos a insistir en que la clave para dilucidar esta cuestión está en la verdadera naturaleza del concierto social. La inaplicación de la normativa de la LCSP no está justificada por la simple voluntad del legislador autonómico, y menos aún si el concierto social objeto de regulación responde, por naturaleza, a un auténtico contrato que no haya sido excluido como tal de la LCSP por el legislador básico, y no lo ha sido, pues lo que la LSCP indica es que sólo deja de aplicarse a las prestaciones de servicios que no se instrumentan por vía contractual.*



FIRMADO POR	FRANCISCO MANUEL CALERO DEL VALLE	18/12/2019	PÁGINA 1/7
VERIFICACIÓN	Pk2jmK8DBUK2DDZW6X2PD6G85ZP725	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	

*Así pues, lo determinante no es la naturaleza de las entidades que pueden concurrir al concierto, aunque esta cuestión no es baladí como hemos visto en la jurisprudencia comunitaria<sup>1</sup>, sino la relación jurídica que se establece y los principios y fines que está llamada a cubrir. En este sentido, si bien es posible que la regulación del TRLCSP (las “modalidades no diferenciadas” por emplear la terminología que adopta el legislador), haya podido ser vista como un corsé que impedía la flexibilización requerida para el desarrollo de los denominados conciertos sociales, hay que reiterar que, tras la transposición de las directivas y la incorporación de normas especiales para los contratos de gestión de servicios sociales en la LCSP, la calificación del concierto social como contrato administrativo especial permite satisfacer plenamente los objetivos del legislador al mismo tiempo que se reconduce la figura a una categoría conocida y con perfiles mucho más nítidos que los que presenta el concierto social como tertium genus. Entendido como contrato administrativo especial, el concierto social puede ver colmadas las lagunas que presenta en la actualidad, algo que es común en la normativa de otras Comunidades Autónomas.*

*(...) En suma, a la vista de la regulación contenida en la LCSP y de las especialidades de regulación de los contratos administrativos de referencia, cabe afirmar que la calificación del concierto social como contrato administrativo de naturaleza especial permite la integración del mismo en la disciplina contractual, mediante instrumentos y técnicas conocidas, sin desvirtuar la finalidad prevista en la Ley de Servicios Sociales, todo ello sin perjuicio de la recomendación que se realiza en aras del perfeccionamiento técnico de la institución mediante una reforma legal.”*

**II.- INFORME.**

En primer lugar, cabe señalar que el proyecto de Decreto toma como referencia el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales, pero en realidad el proyecto que nos ocupa restringe el ámbito de aplicación establecido en su artículo 2 únicamente a la Consejería competente en materia de salud, a diferencia del Decreto 41/2018 que establece que “Las disposiciones de este Decreto se aplicarán a los conciertos sociales que la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales, así como las Entidades Locales y sus entes vinculados o dependientes, en el ámbito de sus competencias”.

En consecuencia, se deberá revisar su exposición de motivos y su articulado en consonancia con el ámbito de aplicación de la norma proyectada.

A continuación, se realizan las siguientes observaciones a su articulado:

**Primera. Artículo 2.**

Cabe plantearse si el concierto social sólo se prevé cuando se contrate con entidades titulares de Centros de Atención Infantil Temprana (CAIT). Si así fuera, debería constar expresamente en el proyecto de Decreto.

**Segunda. Artículo 3.1. j).**

Hace mención al perfil de contratante que corresponda, cuando sería más correcto aludir al perfil de contratante de la Consejería competente en materia de salud en tanto entidad pública concertante

<sup>1</sup>La acción concertada se circunscribe a entidades sin ánimo de lucro, limitándose su retribución al reintegro de costes y siempre en el marco del principio de eficiencia presupuestaria (Sentencia de 11 de diciembre de 2014.Asunto C-113/13, “Spezzino” y otros; y sentencia de 28 de enero de 2016. Asunto C-50/14, decisión prejudicial en el caso CASTA y otros).



FIRMADO POR	FRANCISCO MANUEL CALERO DEL VALLE	18/12/2019	PÁGINA 2/7
VERIFICACIÓN	Pk2jmK8DBUK2DDZW6X2PD6G85ZP725	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	

según el artículo 2. En otros artículos se utilizan expresiones distintas como en el artículo 13 (perfil de contratante del órgano convocante) o en el artículo 17.3 (perfil de contratante del órgano competente para la formalización del concierto).

Conforme a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, la publicidad en el BOJA no se hace necesaria, salvo que haya un interés específico por parte de la Consejería competente en materia salud.

En el caso de alcanzar los umbrales determinantes para considerar un contrato sujeto a regulación armonizada, la publicidad también debería llevarse a cabo a través del Diario Oficial de la Unión Europea.

### Tercera. Artículo 5.

El artículo 5 hace mención a la Consejería con competencias en materia de salud. Se recomienda utilizar la misma expresión para referirse a la Consejería a lo largo de todo el articulado.

### Cuarta. Artículo 6.

Las Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma consignan inicialmente los presupuestos de cada ejercicio, sin perjuicio de sus posteriores modificaciones. Por ello, debería emplearse otra redacción más rigurosa, desde el punto de vista técnico jurídico, que refleje que la Consejería competente en materia de salud realiza las actuaciones procedentes en orden a lograr la disponibilidad presupuestaria suficiente que le permita financiar los conciertos sociales.

### Quinta. Artículo 7.

Debería citarse también la Ley 4/2017, de 4 de septiembre, de Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, y el Decreto 85/2016, de 26 de abril, que regula la intervención integral de la Atención Infantil Temprana en Andalucía.

### Sexta. Artículo 8.

Tanto el apartado 1 a) como el apartado del artículo 8 regulan un contenido más propio del pliego de cláusulas administrativas particulares que el contenido del pliego de prescripciones técnicas.

Por ello, respecto al artículo 8.1 a), debe ser en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, y no en los pliegos de prescripciones técnicas, donde se determine el tiempo de prestación de servicios previos.

Respecto del artículo 8.2, se recomienda eliminar la referencia a los pliegos de prescripciones técnicas, dado que los requisitos adicionales a los que se refiere este apartado resultan ser un contenido más propio de los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

El apartado 3 del artículo 8 podría ser una letra más del apartado 1 del mismo artículo, en lugar de un apartado independiente, con objeto de aglutinar todos los requisitos exigibles a las entidades licitadoras.



FIRMADO POR	FRANCISCO MANUEL CALERO DEL VALLE	18/12/2019	PÁGINA 3/7
VERIFICACIÓN	Pk2jmK8DBUK2DDZW6X2PD6G85ZP725	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	

## Séptima. Artículo 9.

Se recomienda eliminar la referencia a los pliegos de prescripciones técnicas en su apartado 1, dado que los requisitos adicionales a los que se refiere este apartado resultan ser un contenido más propio de los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

En su apartado 5, se hace referencia a los respectivos pliegos, recomendándose que se especifique, que se trata de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, visto lo dicho en el párrafo anterior.

La autorización sanitaria de funcionamiento se exige en el artículo 8.1.f) del proyecto como requisito de acceso al régimen de concierto social, por lo que no puede preverse en este apartado como criterio para su especial valoración.

Respecto a la valoración de la capacidad del CAIT para gestionar la aproximación de los recursos a la zona de referencia de residencia de la persona usuaria, se advierte que en el artículo 5.g) del Decreto 85/2016, se atiende al domicilio familiar, al igual que en el artículo 18.3 del mismo Decreto se alude al domicilio.

En cualquier caso, ha de aclararse el alcance que se le atribuiría a la acreditación de dicha capacidad, teniendo en cuenta que en el precepto que ahora analizamos del proyecto se prevé para su valoración especial para la adjudicación del concierto, mientras que en el artículo 12.3 simplemente se admite que el pliego de cláusulas administrativas particulares señale la preferencia en la adjudicación a favor de las entidades que demuestren dicha proximidad respecto al usuario.

## Octava. Artículo 12.

En lugar de la expresión *“el certificado de existencia de crédito”* mencionada en su apartado 1, debería recogerse *“el documento que acredite la existencia de crédito”*.

El contenido mínimo del pliego de cláusulas administrativas particulares y el del prescripciones técnicas no pueden ser idénticos. Se recomienda eliminar la referencia al pliego de prescripciones técnicas del apartado 2, dado que el contenido que se describe es propio del pliego de cláusulas administrativas particulares.

En el apartado 4, no se hace mención a la aprobación de los pliegos.

## Novena. Artículo 13.

En relación a lo dicho en su párrafo segundo, dado que no parece posible que se diera la transferencia del riesgo operacional en este tipo de contrato, se recomienda omitir la remisión al artículo 20.1 de la LCSP, debiendo mencionar los apartados b) y c) del artículo 22.1 de la LCSP, según la naturaleza de las prestaciones objeto del concierto social en cuestión.



FIRMADO POR	FRANCISCO MANUEL CALERO DEL VALLE	18/12/2019	PÁGINA 4/7
VERIFICACIÓN	Pk2jmK8DBUK2DDZW6X2PD6G85ZP725	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	

## Décima. Artículo 15.

En el párrafo segundo del apartado 1 hace referencia a “las Administraciones Públicas podrán contratar”, cuando se ha dicho en el artículo 5 que la Consejería competente en materia de salud es la entidad pública concertante.

El artículo 34.5 de la Ley 4/2017 no exige acreditada experiencia en la prestación de estos servicios, como, sin embargo, sí se impone en el párrafo primero del precepto analizado. Ha de tenerse en cuenta que cualquier licitador debería demostrar la misma, conforme al artículo 8.1.a) del proyecto de Decreto.

Respecto a su apartado 2, debe deslindarse adecuadamente la valoración de la experiencia y trayectoria acreditadas como criterio de adjudicación del contrato, respecto a la exigencia de un tiempo mínimo de prestación de servicios como requisito de acceso al concierto social, según el artículo 8.1.a).

## Décimo primera. Artículo 16.

Este artículo denomina “Comisión de Valoración” a lo que en realidad se trata de una Mesa de Contratación. Debería valorarse el cambio de denominación de esa “Comisión de Valoración” por el de “Mesa de Contratación”.

El apartado 2 señala que, entres sus miembros, deberá figurar un “representante del órgano encargado del asesoramiento jurídico de la Administración o entidad concertante”, cuando el artículo 5 señala que la Consejería competente en materia de salud es la entidad pública concertante.

Respecto al régimen de funcionamiento de la “Comisión de Valoración”, el apartado 3 debería aludir al *Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales.*

## Décimo segunda. Artículo 17.

Los apartados 1 y 3 de este artículo atribuyen al órgano de contratación unas competencias que son propias de la Comisión de Valoración, tales como el “análisis y admisión de las ofertas” o “elaborará una relación de entidades admitidas y excluidas con expresa mención de las causas de inadmisión”.

En cuanto a la mención de la vía de recurso en vía administrativa que realiza el apartado 3 del artículo 17, hay que tener en cuenta que, al tratarse de un contrato administrativo especial, aplica lo establecido en los artículos 44 y siguientes de la LCSP, en el sentido de que determinados actos serían susceptibles del recurso especial en materia de contratación siempre y cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en su caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios, es decir, superior a 100.000 euros. En otro caso, cabrían los recursos administrativos ordinarios.



FIRMADO POR	FRANCISCO MANUEL CALERO DEL VALLE	18/12/2019	PÁGINA 5/7
VERIFICACIÓN	Pk2jmK8DBUK2DDZW6X2PD6G85ZP725	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	

## Décimo tercera. Artículo 19.

En el apartado 2, se utiliza la expresión “solicitudes de participación”, sugiriéndose que se emplee el término “ofertas” en concordancia con el artículo 14.

En el apartado 3, se hace referencia a los recursos que procedan contra la resolución de adjudicación. En este punto hay que tener en cuenta lo dicho anteriormente en el artículo 17.3.

## Décimo cuarta. Artículo 20.

Lleva por rúbrica “Publicidad de la resolución de adjudicación”, cuando también regula la notificación de la resolución de adjudicación.

## Décimo quinta. Artículo 21.1.c).

Es de suponer que la cantidad global consignada por la Administración para el sostenimiento de la entidad concertada se correspondería, en rigor, con el precio del contrato, destinada, por tanto, no a mantener al contratista, sino a sufragar la contraprestación a abonar por la Administración por el servicio recibido en ejecución del contrato.

Nada más, por cierto, se prevé en el proyecto acerca del precio del contrato, recomendándose alguna previsión al respecto, en concreto, sobre su determinación.

## Décimo sexta. Artículo 23.1.

No parece que los servicios de atención infantil temprana y el precio que hubiera que pagar a la entidad con la que se concertara o contratara su prestación estén previstos en el Anexo del Decreto 5/2017, por lo que, en principio, no le resultaría de aplicación el régimen previsto en dicha disposición. Ello sin perjuicio de la modificación que pudiera acordarse de dicho Decreto y de su Anexo, o de la posibilidad de hacer uso de la habilitación conferida a la Consejería competente en materia de Hacienda en la Disposición adicional segunda del mismo.

## Décimo séptima. Artículo 24.1.

Conforme al artículo 202 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, las condiciones especiales de ejecución forman parte del contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares.

## Décimo octava. Artículo 25.

Cabe preguntarse si estas estipulaciones o cláusulas sociales y ambientales podrían preverse como criterios de adjudicación y no sólo como criterios para resolver los empates en la valoración de las proposiciones. Es cierto que en el apartado 1 parece admitirse dicha opción, pero la duda surge de la lectura del apartado siguiente, en el que podría interpretarse que se estaría obligando a recoger tales cláusulas en los pliegos y sólo como tales criterios de desempate. Por tanto, se recomienda aclarar el sentido que se le pretende atribuir al precepto.



FIRMADO POR	FRANCISCO MANUEL CALERO DEL VALLE	18/12/2019	PÁGINA 6/7
VERIFICACIÓN	Pk2jmK8DBUK2DDZW6X2PD6G85ZP725	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	

## Décimo novena. Artículos 27 y 28.

En ambos se recoge la expresión “renovaciones” cuando debería señalarse “prórrogas”.

## Vigésima. Artículo 29.2.

Al referirse a que “las cantidades abonadas por la entidad pública concertante deberán justificarse anualmente mediante la aportación de un informe de auditoría financiera y de cumplimiento de las cuentas de las entidades” debería especificarse que se refiere al “cumplimiento de las cuentas de las entidades concertadas”.

## Vigésimo primera. Artículo 30.3.

Su contenido no está relacionado ni con la rubrica ni con el contenido del artículo. Se sugiere su redacción en artículo distinto.

## Vigésimo segunda. Artículo 31.2.

Se sugiere que, en lugar de decir “de forma que la entidad concertada pueda interponer el recurso que estime procedente”, se diga “de forma que la entidad concertada pueda interponer el recurso que proceda”.

Es todo cuanto se ha de informar.

Y para que así conste y surta los efectos oportunos firmo la presente.

EL SECRETARIO GENERAL DE LA COMISIÓN  
CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA



FIRMADO POR	FRANCISCO MANUEL CALERO DEL VALLE	18/12/2019	PÁGINA 7/7
VERIFICACIÓN	PK2jmK8DBUK2DDZW6X2PD6G85ZP725	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	