

La transposición de la Directiva europea 2014/24/UE: un nuevo marco para la provisión de servicios públicos en el ámbito social y de la salud

Resumen: Este artículo analiza las posibilidades que el nuevo marco normativo europeo sobre contratación pública ofrece para las relaciones en el ámbito de las prestaciones sociales y sanitarias. Se pone de relieve como es posible una regulación en España que ponga el acento en la calidad y la solidaridad del modelo de colaboración en estos ámbitos, alejados de la óptica del mercado. Interesa destacar el componente «social» como objeto de cualquier prestación de carácter social/sanitario, de tal forma que debe evitarse una visión “economicista” que ponga el acento en el criterio precio en estos sectores.

Breve CV: Catedrático de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza) y Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (desde marzo de 2011). Es Director del Observatorio de Contratación Pública (www.obcp.es). Miembro del Consejo Asesor del Ministerio de Fomento (julio 2015). Director de la Cátedra de Derecho Local de Aragón desde marzo de 2010 a diciembre de 2012. Director de la Cátedra Estrategia e Innovación en contratación pública en el ámbito de la salud (UNIZAR), desde junio de 2016. Autor de 18 monografías y más de 120 publicaciones en revistas especializadas. Ha sido ponente de forma constante en foros especializados nacionales e internacionales (UIMP, Instituto Europeo de Administración Pública, Instituto Nacional de Administración Pública, Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, Parlamento Europeo, etc.).

La transposición de la Directiva europea 2014/24/UE: un nuevo marco para la provisión de servicios públicos en el ámbito social y de la salud

**(JORNADA LAS DIRECTIVAS EUROPEAS Y SU IMPACTO
EN LOS SERVICIOS PUBLICOS DE ATENCION A LA
DEPENDENCIA. ESADE. Barcelona, 26 de abril de 2017)**

**José María Gimeno Feliu. Catedrático Derecho
Administrativo de la Universidad de Zaragoza.
(gimenof@unizar.es)**

I.- Previo.

Con carácter previo al análisis de las distintas posibilidades de regulación sobre la colaboración de la Administración Pública en el ámbito de los servicios sociales (y sanitarios) dirigidos a personas, conviene advertir que estas «relaciones jurídicas» se deben diseñar con una filosofía propia alejada de la óptica del mercado¹. No puede desconocerse el hecho de que la Comisión Europea ha venido recordando que son valores esenciales de la Comunidad la protección de la salud humana, la igualdad entre hombres y mujeres, y la cohesión social y territorial (Comunicación de la Comisión *Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la Unión Europea*, de 26 de abril de 2006, COM(2006) 177 final). Esta especificidad procede del carácter vital de las necesidades

¹Me remito a lo expuesto en mi trabajo «Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública)», Revista Derecho y Salud, Vol. 26, núm. 2 de 2015, pp. 65-85.

que han de satisfacer, garantizándose de este modo la aplicación de derechos fundamentales, como la dignidad y la integridad de la persona. Por ello, los servicios sanitarios (o sanitario/social, como sucede con los pacientes psiquiátricos) posibilitan una serie de medidas que pueden ser tenidas en cuenta en su licitación:

a) funcionamiento sobre la base del principio de solidaridad, que requiere, en particular, la no selección de los riesgos o la falta de equivalencia a título individual entre cotizaciones y prestaciones;

b) carácter polivalente y personalizado, que integre las respuestas a las distintas necesidades para garantizar los derechos humanos fundamentales y proteger a las personas más vulnerables;

c) ausencia de ánimo de lucro, especialmente para abordar las situaciones más difíciles y que se explican, a menudo, por motivos históricos;

e) participación de voluntarios y benévolos, expresión de una capacidad ciudadana;

f) integración marcada en una tradición cultural (local); en particular, esto se advierte en la proximidad entre el proveedor del servicio y el beneficiario, lo que permite tener en cuenta las necesidades específicas de este último;

g) relación asimétrica entre prestadores y beneficiarios que no se puede asimilar a una relación «normal» de tipo proveedor-consumidor y que requiere la aplicación de la fórmula del pago por terceros.

Asimismo, parece oportuno delimitar el significado de la gestión sanitaria pública (y la colaboración con el sector privado) y los límites europeos y nacionales al respecto. El paradigma de esta necesaria contextualización y adaptación de las reglas de la contratación pública son los servicios sanitarios (junto con los sociales y educativos), en tanto se prestan servicios «dirigidos a ciudadanos» y vinculados a prestaciones básicas que forman parte del «núcleo» del Estado social. Y aquí la eficiencia no puede ser interpretada desde

modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio².

Opción validada, sobre la base del principio de solidaridad, por la STJUE de 17 de junio 1997, *Sodemare* (asunto C-70/95), que admite excepciones al principio de libre competencia en el caso de contratos en el marco del sistema de la seguridad social en favor de entidades sin ánimo de lucro (apartado 32).

Esto explica que puede existir un régimen no contractual para la prestación de estos servicios. El régimen de acción concertada, como complemento al modelo de asistencia pública en dependencia, es una opción organizativa (como sucede con el sector educativo), que exige la previsión legal expresa que determine el alcance y significado de esta acción concertada, que determine las modalidades de servicios y prestaciones, así como el sistema retributivo. En ningún caso podrá ocultar prestaciones que merezcan consideración de contrato de servicios. Por supuesto, tal y como se viene realizando, los centros que opten a un modelo de acción concertada deberán **disponer de autorización administrativa e inscripción en el registro oficial de centros y establecimientos correspondiente, y superar un proceso de acreditación sustentado en rigurosos estándares de calidad previamente establecidos** por la Administración competente; asimismo implica el **cumplimiento de un conjunto de obligaciones de gestión y control fijadas legalmente y desarrolladas reglamentariamente.**

Corresponderá a la Administración competente, dentro de las directrices de planificación, establecer los aspectos básicos a los que deben someterse los conciertos en esta materia y su alcance. En

²Sobre el significado de la eficiencia —y su no vinculación a una idea economicista de menor precio— me remito a mi estudio «Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública», número monográfico de la revista Presupuesto y Gasto Público sobre Calidad institucional, transparencia y buen gobierno, núm. 82, 2016, pp. 137-158.

concreto, el número máximo de centros concertados, la tramitación de la solicitud para acogerse a tal modalidad, la duración máxima del concierto y las causas de extinción; a las obligaciones de la titularidad del centro concertado y de la Administración; el sometimiento del concierto al derecho administrativo y, en su caso, las singularidades del régimen del personal adscrito al servicio.

Existirán una Bases de Acción Concertada que determinarán los derechos y obligaciones derivados de la citada selección, estableciéndose las condiciones técnicas y económicas para la prestación de la concreta actividad concertada. Los centros que accedan al régimen de concertación a deberán formalizar con la Administración el correspondiente Acuerdo. La elección de centro sanitario privado concertado no implicará en ningún caso un trato menos favorable, ni una desventaja, para los ciudadanos, y deberá respetarse la equivalencia de prestación de la cartera de servicios.

La cuantía global de los fondos públicos destinados al sostenimiento de los centros privados concertados, para hacer efectiva la gratuidad de las prestaciones sanitarias objeto de acción concertada, se establecerá en los presupuestos de las Administraciones correspondientes.

II.- Las nuevas Directivas europeas de contratación pública y su incidencia en el ámbito de las prestaciones sanitarias.

La revisión (que no mera actualización) de las Directivas sobre contratación pública aprobada en 2014 por las instituciones europeas (pendiente de transposición en España, aunque se ha superado el plazo a tal efecto), se inscribe en un programa de conjunto cuyo objetivo es una modernización en profundidad del sistema público de contratación en la Unión Europea para ser más eficientes y diseñar políticas que permitan un mayor crecimiento en un contexto de

globalización económica.

Existe, sin embargo, la percepción extendida de que las reglas de contratación pública, en su extensión a muchos sectores públicos, impone la lógica del mercado y la máxima competencia incluso en prestaciones de servicios a personas en ámbitos como la salud o servicios sociales. Sin embargo, se trata de una percepción errónea, pues **los principios del TFUE encuentran límites en ciertos ámbitos vinculados al principio de solidaridad**. La Directiva 2014/24, de contratación pública, en su considerando 114:

«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. (...)

*Los Estados miembros y los poderes públicos 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». (negrita nuestra).*

La normativa europea **habilita, por tanto, que los Estados puedan diseñar un régimen legal ad hoc para la provisión de los servicios de salud a las personas** mediante sistemas singulares de contratación pública, de reserva de contratos e, incluso, de acuerdos directos³.

La nueva regulación europea ofrece nuevas posibilidad de

³La Comisión de la Unión Europea ha intervenido de forma activa en el fenómeno y establecimiento de un marco jurídico de la colaboración público privada para la promoción de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos, buscando en esta fórmula el menor impacto en las cuentas públicas, así como la participación del sector privado en la financiación y gestión de infraestructuras y servicios públicos. En el ámbito sanitario esta colaboración, bien diseñada, y siempre desde la lógica del carácter público del modelo, puede aportar mejoras en la prestación del servicio y mayor eficiencia (al no existir ánimo de lucro). En estos casos nos encontramos ante cierta «publificación» de la actividad privada al servicio del interés general.

organización del modelo de colaboración con el sector público sanitario, con especial atención a las notas de calidad, profesionalización, solidaridad y cohesión social.

III.- Las distintas posibilidades de establecer un «régimen especial» en contratos sanitarios con prestaciones directas a personas.

La Directiva 24/2014 habilita un tratamiento diferenciado de estas actividades, alejada de una perspectiva económica o de mercado. Así, además del citado considerando 114, en el considerando 6 de la Directiva 2014/24, que advierte que *«conviene aclarar que los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva»*.

Esto explica por qué el artículo 77 de la Directiva 24/2014 prevé incluso la **posibilidad de reserva de esos contratos**.

«1. Los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores estén facultados para reservar a determinadas organizaciones el derecho de participación en procedimientos de adjudicación de contratos públicos exclusivamente en el caso de los servicios sociales, culturales y de salud que se contemplan en el artículo 74 y que lleven los códigos CPV 751210000, 751220007, 751230004, 796220000, 796240004, 796250001, 801100008, 803000007, 804200004, 804300007, 805110009, 805200005, 805900006, desde 850000009 hasta 853230009, 925000006, 926000007, 981330004 y 981331108

2. Las organizaciones a que se refiere el apartado 1 deberán cumplir todas las condiciones siguientes:

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.

3. La duración máxima del contrato no excederá de tres años.

4. En la convocatoria de licitación se hará referencia al presente artículo».

Es decir, que resulta posible en contratos de prestaciones directas a ciudadanos en el ámbito sanitario o social, adoptar medidas de licitación más «específicas», que atiendan a las especialidades expuestas. Y la reserva de contratos es una de ellas.

Pero **existe también la posibilidad de «acuerdos de cooperación directa»**. Sobre esta cuestión interesa recordar la doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, *CroceRossa Italiana y otros* (asunto C-113/13) que ha declarado que «*los artículos 49 UE y 56 FUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que prevé que el suministro de servicios de transporte sanitario de urgencia y de extrema urgencia debe confiarse, con carácter prioritario y mediante adjudicación directa, sin ningún tipo de publicidad, a los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado un convenio, siempre que el marco jurídico y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria en los que descansa esa normativa»*.

La Sentencia *CroceRossa Italiana* resuelve la cuestión prejudicial suscitada por el Consejo de Estado de Italia acerca, en primer lugar, de la compatibilidad con los artículos 49, 56, 105 y 106 TFUE de una norma interna que prevé que el transporte sanitario se adjudique de forma prioritaria a las organizaciones de voluntariado,

CroceRossa italiana y otras instituciones o entes públicos autorizados, reembolsándoles los gastos efectivamente soportados; y, en segundo lugar, de la compatibilidad con la normativa europea de contratos públicos con una norma nacional que permite la adjudicación directa del servicio de transporte sanitario, debiéndose considerar oneroso un acuerdo marco que prevea el reembolso no sólo de gastos sino incluso de costes fijos y de carácter duradero. El asunto surge cuando, conforme a lo previsto en la normativa italiana y de la región de Liguria reguladora del servicio nacional de salud y del voluntariado, dicha región celebró un acuerdo marco con varias entidades representativas de organizaciones de voluntariado para la regulación de las relaciones entre las empresas sanitarias y hospitalarias, por un lado, y las organizaciones de voluntariado y la *CroceRossa* italiana, por otro. Dicho acuerdo marco regional previó la posterior suscripción de convenios de transporte sanitario de urgencia y extrema urgencia, que tuvo efectivamente lugar, con las organizaciones de voluntariado representadas por las entidades firmantes. Disconformes con tal proceder, varias entidades cooperativas interpusieron recurso que dio lugar a las actuaciones judiciales que, tras la inicial sentencia de instancia, llevaron al Consejo de Estado a suscitar la cuestión prejudicial.

El Tribunal de Justicia admite la compatibilidad del acuerdo marco regional y los convenios con las normas europeas antes aludidas. Para ello, parte de la obvia afirmación de que tanto el acuerdo marco como los convenios están incluidos en el ámbito de la Directiva 2004/18/CE, más allá de la circunstancia de que en ellos se prevean como únicas transferencias financieras a favor de las organizaciones de voluntariado, los reembolsos de costes en que hubiesen incurrido. Debiendo considerarse, por tanto, contratos de servicios, el Tribunal aclara, conforme a la Directiva, el régimen jurídico aplicable que depende en lo esencial de que sea superior el valor del servicio de transporte o el de los servicios médicos. En el

primer caso, siempre que se supere el umbral deberán aplicarse todas las normas de procedimiento de la Directiva, mientras que cuando el valor de los servicios médicos sea superior a los del servicio de transporte, o cuando no se supere el umbral, se aplicarán únicamente los artículos 23 y 35.4 de la Directiva siempre que, circunscritas las actividades de que se trate a un solo Estado pueda acreditarse un interés transfronterizo cierto que en el caso, a juicio del Tribunal de Justicia, concurre.

Pues bien, sobre tales bases afirma el Tribunal de Justicia que *«la adjudicación, sin ninguna transparencia, de un contrato a una empresa situada en el Estado miembro de la entidad adjudicadora de ese contrato es constitutiva de una diferencia de trato en perjuicio de las empresas que pueden estar interesadas en ese contrato, que están situadas en otro Estado miembro. Si no está justificada por circunstancias objetivas, dicha diferencia de trato que, al excluir a todas las empresas establecidas en otro Estado miembro, opera principalmente en perjuicio de éstas, constituye una discriminación indirecta por la nacionalidad, prohibida con arreglo a los artículos 49 TFUE y 56 TFUE»*. El factor clave, por tanto, es la existencia de esas «circunstancias objetivas» que justifiquen la diferencia de trato entre empresas.

Considera el Tribunal de Justicia que concurren en el caso tales *«circunstancias objetivas»*, están reguladas legalmente en el ordenamiento interno y efectivamente justifican la apuntada diferencia de trato dado que, sólo tras prever que *«la prestación de servicios de transporte sanitario es una actividad de interés general que se rige por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación»*, la normativa italiana establece que *«serán prestados por las propias empresas sanitarias y otras entidades suministradoras públicas o asimiladas empleando sus propios medios y personal»* y *«cuando no sea posible, [... por] otras entidades»*, en cuyo caso, y aquí surge el régimen jurídico que dio lugar al conflicto,

«los servicios de transporte sanitario que se presten en representación del Servicio Regional de Salud deberán ser encomendados, con carácter prioritario, a organizaciones de voluntariado, la Cruz Roja italiana u otra institución u organismo público autorizado, para garantizar que dicho servicio de interés general se presta en condiciones de equilibrio económico en lo que atañe al presupuesto» (artículo 75 ter de la Ley Regional de Liguria 41/2006). Tal preferencia y la adjudicación directa, en las circunstancias del caso analizado, son compatibles con el ordenamiento europeo.

Esto significa que un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social, podría estar excepcionado de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de correcta prestación, del mismo.

Esta opción ha sido «validada» por la citada STJUE 28 de enero de 2016, *CASTA* y otros, Asunto C-50/14, al reconocer la posibilidad de adjudicación directa. En este caso hay una serie de principios que deben respetarse para validar esta posibilidad:

a) se requiere que, cuando actúan en ese marco, las asociaciones de voluntariado no persigan objetivos distintos a *los de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan;*

b) que no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros;

c) si bien es admisible el recurso a trabajadores, puesto que, en su defecto, se privaría a esas asociaciones de la posibilidad efectiva de actuar en numerosos ámbitos en los que puede ponerse en práctica normalmente el principio de solidaridad, la actividad de esas asociaciones debe respetar

estrictamente las exigencias que les impone la normativa nacional (sentencia *CroceRossa Italiana y otros*, apartado 61).

Asimismo establece una importante cautela de ámbito general, y recuerda que el principio general del Derecho de la Unión de prohibición del abuso de Derecho, no habilita una aplicación de esa normativa que ampare prácticas abusivas de las asociaciones de voluntariado o de sus miembros. Así pues, la actividad de las asociaciones de voluntariado sólo puede ser ejercida por trabajadores dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal. En cuanto al reembolso de los costes, debe procurarse que no se persiga fin lucrativo alguno, ni siquiera indirecto, al amparo de una actividad de voluntariado, y que el participante pueda obtener únicamente el reembolso de los gastos efectivamente soportados como consecuencia de la prestación de la actividad, dentro de los límites establecidos previamente por las propias asociaciones (sentencia *CroceRossa Italiana y otros*, apartado 62).

Admitida así esta posibilidad, el TJUE, en respuesta a la segunda cuestión prejudicial afirma (de conformidad a la STJUE *CroceRossa Italiana y otros*», así como al apartado 67 de la presente sentencia), que cuando concurren todas las condiciones que a la luz del Derecho de la Unión permiten a un Estado miembro prever el recurso a asociaciones de voluntariado, se puede atribuir a éstas la prestación de servicios de transporte sanitario mediante adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad sin que resulte necesario realizar una comparación entre los organismos de voluntariado.

Junto a esta opción de reserva de contratos, o de «cooperación directa», **existe la posibilidad de un procedimiento singular que ponga atención en las propias características del servicio sanitario**. Al hilo de lo expuesto anteriormente, el artículo 76 de la Directiva 2014/24/UE, habilita a :

«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 poderes económicos. Los Estados miembros serán libres de determinar las normas de procedimiento aplicable, siempre que tales normas permitan a los poderes adjudicadores tener en cuenta la especificidad de los servicios en cuestión.

2. Los Estados miembros velarán porque 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».

Es decir, **es posible establecer unas normas «distintas» de contratación pública en el ámbito de los contratos sanitarios a las personas, que ponga en el acento en aspectos técnicos y de calidad.** La opción que se adopte, en su diseño concreto, no puede desconocer las peculiaridades de una prestación de indudable trascendencia social, donde los propios matices de cómo se ha venido prestando en los últimos años aconseja una especial atención a cómo se viene desempeñando, y se debe desempeñar, esta actividad. **Y ello porque no puede desconocerse que es una actividad de interés general que se rige, principalmente, por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación.**

En conclusión, **el Derecho europeo de la contratación pública habilita que en un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social, se puedan excepcionar de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos, y adjudicar a entidades del tercer sector sin ánimo de lucro que colaboran,** desde una óptica de

solidaridad, con los fines públicos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de correcta prestación, de sea colaboración.

IV.- Posibilidades Prácticas de desarrollo de contratación pública "singular"

Existe, asimismo, la posibilidad de la articular un procedimiento «especial» de contratación donde podrían tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

a) **La «especial» valoración de la solvencia de las empresas licitadoras.** Parece lógico exigir una solvencia económica y financiera suficiente en una cuantía referida al volumen de negocios en el ámbito de las actividades correspondiente al objeto del contrato en relación como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles, a determinar en cada caso en el pliego de cláusulas administrativas particulares (cuantía que, a nuestro parecer, nunca debería ser inferior al 75% del precio anual del contrato o del lote al que se concurre). Muy especialmente, debe prestarse atención a la solvencia técnica (o profesional) acreditada mediante requisitos técnicos de acreditación o estándares de calidad; experiencia previa en la gestión de los servicios objeto del contrato a determinar en cada caso en el pliego de cláusulas administrativas particulares (experiencia cuyo plazo mínimo, según nuestro parecer, nunca debería ser inferior a tres años y con un importe anual no inferior al 60% del precio anual del contrato o del lote al que se concurre); disposición de equipo humano profesional en materia de gestión de los servicios licitados, y reinversión de un porcentaje mínimo de los beneficios en la mejora de la gestión de los servicios adjudicados o distribución de beneficios en base a criterios de participación. Y, para evitar un indebido juego empresarial, debería preverse la imposibilidad de subcontratación de la prestación principal, a la vez que podría valorarse la exigencia de autorización previa en subcontratación de prestaciones accesorias, con el fin de preservar la calidad del servicio.

b) La determinación de criterios de adjudicación que pongan en valor la calidad/precio. Frente a la idea de criterios economicistas, el propio objeto de la prestación aconseja unos criterios de adjudicación que insistan en la mayor calidad de la prestación. Serían varias las posibilidades. En primer lugar, sobre la ponderación de los distintos criterios debería tenerse en cuenta los siguientes principios:

1.- Ponderación superior de los criterios de valoración mediante un juicio de valor (subjetivos) sobre la ponderación de los criterios evaluables de forma automática (objetivos) y exigencia de un comité de expertos no integrados en el órgano proponente del contrato para la evaluación de los criterios subjetivos.

2.- Condicionar la valoración de los criterios objetivos a la obtención de un mínimo (60%) de puntuación de los criterios subjetivos.

Al margen de los criterios admisibles por la legislación general de contratos, debería fomentarse la utilización de criterios específicos directamente vinculados al objeto del contrato y que pueden conseguir una mejor calidad prestación y, por ello, la oferta económicamente más ventajosa. Entre las posibilidades pueden citarse:

- Inclusión, como criterio subjetivo vinculado al objeto del contrato, de un *Plan de Gestión* en el que, más allá de los requisitos mínimos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas, se valoren elementos como la determinación de objetivos asistenciales; los medios de control y garantía de la calidad; los instrumentos para favorecer la accesibilidad y la resolución de los servicios; los mecanismos para posibilitar la participación de los profesionales en la gestión; las estrategias de mejora de la gestión y prestación de los servicios; las políticas de coordinación y potenciación del trabajo en red con otros dispositivos asistenciales; los planes para mejorar la respuesta a la demanda no urgente de servicios y resolver

situaciones de incremento de la demanda y la atención domiciliaria; los programas de atención a colectivos socialmente vulnerables, y los programas de promoción de la salud, los programas docentes y los programas de investigación e innovación, elementos todos ellos en relación con los servicios objeto del contrato.

- Inclusión, como criterio subjetivo, de mecanismos favorecedores, debidamente documentados y justificados, de la autonomía de gestión de los profesionales.

- Inclusión en los criterios subjetivos relativos a calidad de los recursos personales adscritos al contrato, que permitan valorar la mejor idoneidad de los profesionales directivos, la idoneidad del personal en atención a su titulación y especialización, los programas de formación y los sistema de incentivos a los trabajadores por cumplimiento de objetivos.

- Exigencia de incorporar en los **pliegos criterios de valoración relativos a cláusulas sociales, medioambientales, (nunca la proximidad de las empresas candidatas o de sus estructuras** de gestión y control al centro de trabajo, pues tal opción ha sido considerada ilegal en la reciente STJUE de 22 de octubre de 2015, de condena al Reino de España, pero si la subrogación del personal existente), **económicas** (ponderar el compromiso de reinvertir un porcentaje mínimo de beneficios en la mejora de la gestión de los servicios adjudicados o por encima de este porcentaje mínimo fijado como criterio de solvencia técnica, en su caso), y **estratégicas** (participación en alianzas estratégicas de proveedores públicos y trabajo en red, siempre que se pueda justificar una mayor calidad del servicio).

c) La necesaria regulación de supuestos de anormalidad en estos contratos.

En estos servicios debe regularse, para garantizar su correcta ejecución, el sistema de anormalidad de ofertas (que debe tener carácter obligatorio e indisponible). A tal efecto se deberán prever

fórmulas *ad hoc que contemplan* tanto aspectos de la oferta técnica como de la oferta económica, determinando que es constitutivo de una oferta desproporcionada o anormal el incumplimiento de disposiciones de obligado cumplimiento en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo o costes salariales mínimos por categoría profesional y requiriendo el desglose de los precios para acreditar la viabilidad de las proposiciones económicas, en su caso.

d) Determinación de condiciones especiales de ejecución.

Además de las medidas sobre interlocución contractual (responsable del contrato), ejecución contractual; inspección, control y ejercicio de la potestad sancionadora, y seguimiento y evaluación de los contratos que deben adoptar deseablemente las entidades adjudicadoras en el ámbito de las facultades que les confiere la Directiva de referencia. En concreto, en estos contratos debe incluirse como condición especial de ejecución tanto la prohibición de «deslocalización» de servicios que pretendan una precarización laboral, como de fijación de una retribución mínima (que preserve la calidad del servicio y evite la conflictividad laboral). Posibilidad admitida por la reciente STJUE de 17 de noviembre, *Regio Post* (asunto C-115/14), al considerar legal la obligación, impuesta a los licitadores y a sus subcontratistas en el contexto de la adjudicación de un contrato público, de comprometerse a pagar un salario mínimo al personal que ejecute las prestaciones objeto de ese contrato público. El TJUE afirma que una disposición nacional que establece que todos los licitadores y sus subcontratistas deberán comprometerse frente al poder adjudicador a pagar al personal que vaya a ejecutar el contrato público de que se trate un salario mínimo determinado por la Ley, debe calificarse de «condición especial en relación con la ejecución del contrato» referida a «consideraciones de tipo social» en el sentido del artículo 26 de la Directiva 2004/18. En consecuencia, declara que dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de una entidad regional

de un Estado miembro, obliga a los licitadores y a sus subcontratistas a comprometerse, mediante una declaración escrita que deberá presentarse junto con la oferta, a pagar al personal que llevará a cabo las prestaciones objeto del contrato público considerado un salario mínimo fijado por dicha normativa y que no se opone a una normativa de una entidad regional de un Estado miembro, como la controvertida en el asunto principal, que prevé la exclusión de la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público a los licitadores y a sus subcontratistas que se nieguen a comprometerse, mediante una declaración escrita que deberá presentarse junto con la oferta, a pagar al personal que llevará a cabo las prestaciones objeto del contrato público considerado un salario mínimo fijado por dicha normativa.

En todo caso las distintas posibilidades, con los límites descritos, exige una norma legal (dentro del marco competencial español, de las Comunidades Autónomas) que prevea y regule esta posibilidad. Sin ese marco legal expreso se deberán aplicar las reglas ordinarias de la contratación pública, lo que puede conducir a ciertos efectos “perversos”. Así, si la opción política es de una sensibilidad social en estos sectores clave, tan vinculados en España al desarrollo de prestación de importantes servicios a las personas, en un entorno de colaboración público-privada guiado por el principio de solidaridad y calidad, deberá regularse esta posibilidad.

Y es que si bien la eficiencia en la contratación pública es un paradigma ineludible, debe conciliarse adecuadamente con un modelo de eficiencia social. Con tal objetivo se debe “reconfigurar el modelo de la compra pública en el ámbito social y de la salud” (como lo es la dependencia), con vocación de transformación estratégica, que permita a las Administraciones públicas, desde la contratación pública, reivindicar su necesaria función de liderazgo institucional.

Bibliografía:

Gimeno Feliu; J.M.: *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

Gimeno Feliu; J.M.: "Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública)", *Revista Derecho y Salud*, Vol. 26, núm. 2 de 2015, pp. 65-85.

Gimeno Feliu; J.M.: "Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública", número monográfico de la revista *Presupuesto y Gasto Público* sobre "calidad institucional, transparencia y buen gobierno", núm. 82, 2016, pp. 137-158.