MEMORIA DIRIGIDA A LA ADAPTACIÓN AL INFORME DE LA ASESORÍA JURÍDICA DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN PARA EL SERVICIO DE CENTRO DE DÍA PARA PERSONAS MAYORES EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA EN LOS CENTROS DE TITULARIDAD DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA DENOMINADOS UED HOGAR II, UED BERJA, UED FIÑANA Y UED NÍJAR DIVIDIDO EN LOTES (EXPTE: CA-06/2021).

1. OBJETO.

En el expediente que se tramita para la contratación de los servicios de centro de día para personas mayores en situación de dependencia en los centros de titularidad de la Junta de Andalucía denominados UED Hogar II, UED Berja, UED Fiñana y UED Níjar, dividido en lotes, se solicitó a la Asesoría Jurídica de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación el informe que sobre el pliego de cláusulas administrativas particulares viene exigido por el art. 78.3 del Decreto 450/2000, de 26 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía ("*Siempre que alguna norma estatal que sea de aplicación a la Comunidad Autónoma requiera informe de su Asesoría Jurídica, éste será emitido por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*)", en relación con la exigencia de informe que para la Administración del Estado se prevé en el art. 122.7 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, teniendo en cuenta que puesto que aquel se elabora sobre un modelo de pliego que ya fue informado por la Asesoría Jurídica de la Consejería de Hacienda, Industria y Energía con fecha 1 de junio de 2020, el referido informe se pronuncia exclusivamente respecto del contenido de los anexos, que resumen la cláusulas específicas a aplicar en la licitación, adjudicación, formalización y ejecución del contrato.

Una vez emitido el mismo bajo el número AJ-CIPSC 2021/201 y recepcionado por el órgano de contratación con fecha 16 de julio de 2021, se advierten en su texto una serie de consideraciones jurídicas que van a ser objeto de análisis en esta memoria, la cual aparece dirigida a adaptar el expediente de contratación en función de aquellas.

2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS y ADAPTACIONES REALIZADAS.

A continuación se indican las consideraciones jurídicas que se detallan en el citado informe seguidas de las aclaraciones realizadas en torno a las mismas, con reflejo de los casos que se traducen en modificaciones de la documentación que integra el expediente de contratación:

1. En el apartado relativo al procedimiento de adjudicación, y tras validar la elección del procedimiento abierto el informe señala que *"(.....) en la medida en que se extiende por la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación y sus entidades instrumentales el concierto social como una fórmula prioritaria en la contratación de servicios sociales, deberá la memoria justificativa argumentar la utilización (ajustada a derecho, cosa que no se discute) del contrato típico de servicios".*

Ciertamente la Ley 9/2016, de 27 de Diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía (artículo 100) contempla diferentes fórmulas para organizar la prestación de los servicios del Catálogo de

Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales, y en concreto alude a la gestión directa, régimen de concierto social previsto en la misma, y gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación del sector público, "*garantizando, en todo caso, los principios de igualdad y no discriminación, publicidad y transparencia*".

El informe de la Asesoría Jurídica parte del ajuste a derecho de la utilización de la gestión indirecta, como en este caso a través del contrato de servicios, pero en la medida en que existe una opción administrativa clara por la vía del concierto social para proveer las prestaciones del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, se pide que se justifique el no haber recurrido a la misma en este caso.

Y es que el concierto social se define en la misma ley como el instrumento por medio del cual se produce la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública a través de entidades, cuya financiación, acceso y control sean públicos (art. 103), términos que se repiten en el art. 1 del Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales, de manera que puede ser objeto del mismo «*la reserva y ocupación de plazas para su uso exclusivo por las personas usuarias del Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, cuyo acceso al servicio venga autorizado por el órgano competente mediante la aplicación de los criterios de acceso previstos*».

No otro es el objeto definido del contrato que nos ocupa, pues " *la reserva y ocupación de plazas para la prestación del Servicio de Centro de Día para personas mayores en situación de dependencia*", se recoge textualmente en la definición del objeto que contiene el Pliego de Prescripciones Técnicas.

No obstante tanto la Ley de Servicios Sociales aludida como el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, establecen una serie de requisitos de acceso al régimen de concierto social, entre los cuales figura *"Acreditar la titularidad del centro o ser titulares de un derecho real de uso y disfrute sobre el mismo, que, en cualquier caso, no podrá ser inferior al período de vigencia del concierto".*

Dicha circunstancia se prevé en la ley respecto de *"las entidades solicitantes",* e igualmente en el Decreto se exige que lo cumplan *"las entidades licitadoras".*

En resumidas cuentas la titularidad del centro o de un derecho real de uso y disfrute sobre el mismo se configura como un requisito de licitación, que se compadece mal con el hecho de que la titularidad de los inmuebles que son objeto de licitación en este expediente corresponda a la Junta de Andalucía.

En definitiva los licitadores que presenten oferta para hacerse con la gestión de los distintos centros que se licitan (uno por lote) no pueden acreditar con carácter previo ningún derecho sobre dichos inmuebles, los cuales en todo caso surgirán si resultan adjudicatarios de los contratos que son objeto de este expediente, y precisamente por causa de los mismos.

De ahí que, aún cuando la Agencia se provea de la mayoría de las plazas precisas para dar satisfacción a los derechos de los beneficiarios del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia mediante el procedimiento de concierto social, cuente también con un número de plazas que se incardinan en centros de titularidad de la Junta de Andalucía, las cuales tradicionalmente se han gestionado de manera indirecta a través de contratos de concesión de servicio público, y tras en la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, lo vienen siendo en virtud de contratos de servicios.

2. Respecto de los criterios de adjudicación contemplados en el pliego el informe refiere que *«…el común de los criterios tienen que ver con el objeto del contrato»,* aunque realiza las dos observaciones siguientes*: «la primera es una simple advertencia acerca de las consecuencias de calificar determinados criterios como simples mejoras (no sustanciales, por tanto) frente a otros criterios que -por no constituir mejoras- se entiende que son sustanciales al objeto de contratación y respecto de los cuales una oferta sin puntos en cada uno de tales apartados significa la carencia de una prestación esencial cuya consecuencia debiera ser la exclusión de tal oferta. Por otro lado, entiendo que la mejora descrita en forma de "aportación anual para material y/o equipamiento" así configurada , es en demasía genérica, incumpliendo lo dispuesto en el art. 145.7 LCSP.»*

El informe invita a reflexionar sobre la esencialidad de los servicios y prestaciones configurados como criterios de valoración a la hora de considerar si definen o no el contenido de la prestación obligatoria del contrato o por el contrario cabría prescindir de ellos en caso de que no llegaran a ofertarse por los adjudicatarios.

Dichos criterios se refieren tanto a programas, como a actividades formativas o servicios complementarios. Siendo relevantes los mismos y beneficiosos para la atención que se presta a los usuarios, no se consideran esenciales en la medida en que definan el objeto del contrato, confirmándose su planteamiento como accesorios, y por tanto valorables en función de su oferta.

En este punto es preciso tener en cuenta que el presupuesto de este contrato se calcula tomando como referencia el coste máximo de las plazas que se recoge en la Resolución de la Agencia de 28 de enero de 2020 por la que se revisan los costes máximos de las plazas objeto de concertación con centros de atención a personas mayores y personas con discapacidad en situación de dependencia, y que a tenor de los servicios que se contemplan en el PPT del

concierto y resultan retribuidos como máximo por dicho coste, hay que concluir que el cálculo de su importe no ha tenido en cuenta los servicios y prestaciones que estamos caracterizando como accesorios, por lo que su esencialidad implicaría la necesidad de establecer un precio/plaza distinto, rompiéndose la tendencia de homogeneización que se pretende en este campo.

Por lo que respecta a la mejora que se tilda de genérica, se concreta la redacción de la misma incluyendo los posibles materiales o equipamientos cuya aportación se valora y el destino de los mismos. De ahí que se dé nueva redacción a la misma en el siguiente sentido:

Se valorará el material y/o equipamiento que redunden en una mejora de las condiciones del centro y por ende en una mejora de la calidad en la prestación del servicio a las personas usuarias. Dentro de material y equipamiento se engloba:

- Mobiliario: mesas, sillas y butacas ergonómicas, reposapiés, estanterías, etc.
- Equipamiento para la movilización y atención a las personas: grúas, bipedestadores, arneses, andadores, camillas, etc.
- Equipamiento informático, audiovisual y electrodomésticos.
- Materiales para la realización de las actividades del centro: material didáctico, material para ejercicio físico, material para las tareas de comedor (lencería, vajilla, cubertería…), material de enfermería, etc.

3. Cuando analiza el valor estimado del contrato y la consideración del coste unitario reducido en un 2,5% respecto del aprobado mediante Resolución de 28 de enero de 2020 antes referida, el informe apunta que *«deberá justificarse en la memoria la no aplicación del precio máximo por plaza y día establecido por la Resolución de 28 de enero de 2020».*

Enlazando con el razonamiento empleado en el apartado anterior, puesto que la titularidad de los inmuebles corresponde a la Junta de Andalucía, el adjudicatario del contrato se ve liberado del coste asociado a la titularidad o derecho sobre el inmueble que constituye requisito de licitación en el concierto, por lo que el coste plaza máximo de la plaza concertada que se tiene en cuenta como referente para calcular el presupuesto de este contrato se reduce en el porcentaje que se estima equivalente a dicho coste, aunque la falta de desglose de aquel impide conocer el porcentaje exacto que dicho coste representa dentro del total, ante lo cual se ha recurrido al que se venía estableciendo en expedientes anteriores con el mismo objeto.

4. En relación a la normativa de aplicación al contrato el informe llama la atención sobre la derogación del Reglamento de Comunicación, Autorización y Acreditación Administrativas en el ámbito de los Servicios Sociales de Andalucía y del registro de Entidades, Centros y Servicios

Sociales, aprobado por Decreto 187/2018, de 2 de octubre, y en general apunta que «*la enumeración de las normas aplicables debe ser reestudiada para adoptar criterios comunes como, por ejemplo, la cita—-o no- de las modificaciones de las normas referidas",* aparte de que «*habida cuenta el amplísimo campo objetivo de referencia (el objeto de este contrato)» considera que «es preferible advertir que se enuncian las que se consideran principales normas de aplicación, no constituyendo tal listado un campo cerrado en relación con el resto que, aunque vigentes y aplicables, no se citen».*

A la vista de lo expuesto, a fin de acoger la consideración realizada, a la hora de reflejar el régimen jurídico del servicio dentro del apartado 1 del Anexo I del PCAP, se refiere que el mismo viene determinado fundamentalmente por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, y que junto a esta Ley se enuncian otras normas que se consideran principales dentro de aquel, sin pretensión de exhaustividad.

Así por un lado se mantiene inalterada la primera parte del listado. Por lo que hace a la segunda se elimina la mención del derogado Decreto 187/2018, de 2 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Comunicación, Autorización y Acreditación Administrativas en el ámbito de los Servicios Sociales de Andalucía, y del Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales; que se sustituye por la del Decreto 87/1996, de 20 de febrero, de autorización, registro, acreditación e inspección de Entidades y Centros, cuya vigencia se mantiene en virtud de la disposición derogatoria segunda del Decreto-ley 15/2020, de 9 de junio, por el que con carácter extraordinario y urgente se establecen diversas medidas dirigidas al sector del turismo así como al ámbito educativo y cultural ante la situación generada por el coronavirus (COVID-19).

En segundo lugar se cambia la mención efectuada de la Orden de 30 de agosto de 1996, que regula la concertación de plazas con centros de atención especializada para los sectores de personas mayores y personas discapacitadas, para señalar a continuación que ha sido modificada por la Orden de 26 de febrero de 2014 de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, desapareciendo de este modo la mención de esta última de forma independiente, y dejando en los mismos términos el resto de las normas que conforman la enumeración.

5. Para una mejor comprensión del PCAP el informe sugiere que *«en aquellos epígrafes que no resultan procedentes dada la concreta circunstancia que se licita, se exprese esta condición de manera clara, por ejemplo con la frase "no procede"»*

Para dar cumplida satisfacción a esta consideración jurídica se recoge dicha frase en el apartado del Anexo I que se establece como ejemplo (número máximo de lotes que pueden adjudicarse a una única persona licitadora), no encontrando tras la revisión del PCAP otros circunstancias de la licitación que demanden dicha aclaración.

6. En materia de subcontratación el informe considera *«preferible una expresa mención de las tareas que pueden ser ejecutadas por terceros por ser prestaciones accesorias al contrato"*, a la vista de la indefinición que caracteriza a algunos términos que se incluyen a la hora de determinar las prestaciones que no pueden ser objeto de aquella («*...no podrán ser objeto de contratación aquellas prestaciones que comportan atención directa a la persona usuaria, considerándose entre ellas las realizadas por cuidadores, gerocultores y auxiliares de clínica...»)*

Es por eso que en el apartado 9 del PCAP relativo a la Subcontratación, tras la afirmación de que «*la entidad adjudicataria sólo podrá contratar con terceros la realización de prestaciones accesorias al contrato*» se relacionan las que se consideran como tales, a saber: peluquería y estética, podología, asesoría, transporte, catering, limpieza, etc.

7. Por lo que hace al régimen de penalidades el informe hace hincapié en la diferenciación entre el régimen sancionador de la dependencia y el de penalidades en el ejercicio de potestades estrictamente contractuales, de manera que viene a indicar que *«deben pues diferenciarse suficientemente una y otra potestad, incluyendo la regulación necesaria para el eficaz ejercicio de la potestad de control contractual del cumplimiento de las prestaciones obligadas para el contratista".*

En este punto el PCAP había establecido un régimen de derivación hacia los órganos competentes para la sanción de las infracciones previstas en la normativa que contiene el régimen sancionador del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (Decreto 50/2013, de 23 de abril*, y* la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía (Título VI), en caso de que la Agencia tuviera conocimiento, en el ámbito de la ejecución del contrato, de la comisión de alguna de las infracciones tipificadas en las mismas, a fin de que, en su caso, acordaran la iniciación de los procedimientos sancionadores e impusieran las correspondientes sanciones.

Este modo de proceder del PCAP obedecía a intención de no repetir como conductas que implican cumplimiento defectuoso del contrato susceptibles de imposición de penalidades, las mismas que constituyen infracciones en el régimen sancionador del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia.

Invocada en el informe de la Asesoría Jurídica la necesaria separación de regímenes y la imprescindible inclusión de la regulación necesaria para controlar el cumplimiento del contrato por parte del contratista, se opta por incluir en el mismo un régimen pormenorizado de penalidades (el mismo que figura en los pliegos que rigen el concierto social), por realización de conductas que se definen como infracciones leves, graves y muy graves, y el régimen de aplicación de aquellas sobre el precio del mismo.

8. En último término el informe también exige que se justifique debidamente en el expediente la exigencia de un seguro de responsabilidad civil como obligación del contratista, y que se especifiquen las características mínimas del seguro, tal y como establece la doctrina del TACRC.

Sobre este particular cabe reseñar que la Orden de 28 de julio de 2000, conjunta de las Consejerías de Presidencia y de Asuntos Sociales, por la que se regulan los requisitos materiales y funcionales de los Servicios y Centros de Servicios Sociales de Andalucía y se aprueba el modelo de solicitud de las autorizaciones administrativas, recoge dentro de los requisitos funcionales generales de los centros la cobertura por una póliza de seguros multirriesgo y de responsabilidad civil.

Además el informe emitido por la Asesoría Jurídica con ocasión del PCAP del concierto social (AJ-CIPSC 2019-167) ya vino a justificar la exigencia de este seguro por la notoria insuficiencia de la garantía para cubrir posibles indemnizaciones de daños y perjuicios causados en el cuidado de personas mayores a resultas de procedimientos de responsabilidad patrimonial, al dirigir la cobertura de riesgos a "l*as personas usuarias y las personas profesionales o a favor de terceros que pudieran generarse por hechos o circunstancias acaecidos en el marco de las actividades desarrolladas en el recurso y/o por el recurso*".

Siguiendo las observaciones del informe se trata de establecer las condiciones de las pólizas de forma que permitan garantizar que la cantidad asegurada y el resto de elementos esenciales del contrato de seguro cumplen efectivamente con tales finalidades.

En este sentido se indica en el pliego que el centro deberá estar cubierto por una póliza de seguros multirriesgo y de responsabilidad civil vigentes en cada momento que cubra a todas las personas usuarias del centro, a fin de garantizar la responsabilidad de la entidad y de sus trabajadores/as.

Se trata de garantizar los posibles daños que puedan producirse en el equipamiento e instalaciones, y los que puedan sufrir cualesquiera personas, en sí mismas o en sus bienes, y que deriven del funcionamiento del centro y sus instalaciones, y por los daños que puedan causar a las personas y a los bienes de terceros los profesionales y en general cualquier persona dependiente del centro.

Dicha póliza deberá ser exclusiva para el centro, recogiéndose en tal sentido en las condiciones del mismo. Debe, además, adecuarse tanto al número de personas usuarias como de personal, así como al valor que se atribuya al edificio, cifrándose la cobertura mínima en 300.000 euros por siniestro y año.

En Sevilla, a fecha de la firma digital