

INFORME DE REGULACIÓ

<u>Núm. Informe:</u>	IR 71/2024
<u>Norma:</u>	Avantprojecte de llei dels instruments de provisió del Sistema Públic de Serveis Socials
<u>Data informe:</u>	9 de febrer de 2024

1. Preliminar

1.1. Antecedents

El present document recull les consideracions de l'Autoritat Catalana de la Competència (en endavant, ACCO) sobre l'avantprojecte llei dels instruments de provisió del Sistema Públic de Serveis Socials (en endavant, l'avantprojecte de llei), emès en base a les competències atribuïdes per la Llei 1/2009, del 12 de febrer, de l'Autoritat Catalana de la Competència (en endavant, Llei 1/2009).

L'objecte del present informe és analitzar si l'avantprojecte de llei introdueix restriccions a la competència i, si aquest és el cas, avaluar si s'adeqüen als principis de necessitat i proporcionalitat, i a la resta de principis d'una bona regulació econòmica des del punt de vista de la competència.

Es tracta d'un informe *ex ante*, emès per l'ACCO amb anterioritat a l'aprovació de l'avantprojecte de llei per part del Govern de la Generalitat, a petició del Departament de Drets Socials en data 24 de gener de 2024.

Per a l'elaboració d'aquest informe, l'ACCO s'ha basat en l'anàlisi del text de l'avantprojecte de llei, que ha estat tramès juntament amb la sol·licitud d'informe, i en la documentació relativa al seu expedient d'elaboració que consta publicada a la pàgina web del Departament de Drets Socials¹.

1.2. Competències de l'ACCO

La Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència (en endavant, LDC) defineix el contingut material del dret de la competència i té en compte el sistema plural d'organismes de la competència derivat del marc competencial de la Constitució Espanyola. En l'àmbit català, l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, aprovat per la Llei orgànica 6/2006, del 19 de juliol, estableix, a l'article

¹<https://governobert.gencat.cat/ca/transparencia/normativa-i-informacio-interes-juridic/normativa/normativa-en-tramit/dso/en-tramit/avantprojecte-lei-provisio-sistema-public-serveis-socials>

154, les competències de la Generalitat en l'àmbit de la promoció i defensa de la competència. El desenvolupament d'aquest precepte es troba a la Llei 1/2009.

L'article 2.4 de la Llei 1/2009 estableix les funcions de l'ACCO². Aquestes es poden classificar en dos grans àmbits, que són: defensa de la competència i promoció de la competència. Les activitats de foment i promoció de la competència tenen com a objectiu propiciar un entorn competitiu per al desenvolupament de les activitats econòmiques. L'elaboració d'aquest Informe de Regulació forma part, doncs, de les competències que ostenta l'ACCO, de conformitat amb l'objecte que la pròpia Llei 1/2009 li reconeix a l'article 2.1 i de les funcions que té atribuïdes segons els articles 2.4 i 8.1.b) de la mateixa Llei.

1.3. L'avaluació de l'impacte competitiu de la regulació

Les administracions públiques intervenen en l'economia quan, en exercici de la seva potestat normativa, produeixen disposicions que regulen l'activitat econòmica. Aquesta intervenció pública mitjançant la creació de regulació econòmica es justifica per l'existència de fallades de mercat o per la necessitat de protegir determinats béns jurídics i l'interès general. Tanmateix, aquesta intervenció en alguns casos pot obstaculitzar el desenvolupament de les activitats objecte de regulació; quan això succeeix ens trobem front una intervenció limitadora de la competència en un sector d'activitat determinat que caldrà justificar i motivar³.

L'anàlisi de competència que s'exposa a continuació s'ha realitzat sobre la base dels principis bàsics internacionalment acceptats per establir una regulació eficient i afavoridora de la competència:

- (1) Principi de necessitat i proporcionalitat (justificació de la restricció)⁴
- (2) Principi de mínima distorsió (justificació dels instruments utilitzats)⁵
- (3) Principi d'eficàcia⁶
- (4) Principi de transparència⁷

² Article 2.4 de la Llei 1/2009: "L'Autoritat Catalana de la Competència, d'acord amb l'Estatut i la legislació en matèria de competència, exerceix les funcions d'instrucció i resolució dels expedients sobre els diversos assumptes derivats de la defensa de la competència; en l'àmbit de la promoció de la competència, les funcions d'informe de regulació, que consisteixen en informar –ex ante o ex post– sobre l'adequació de la regulació i l'actuació sectorials als principis de lliure competència, i les funcions d'anàlisi que comprenen, entre altres, la investigació dels diversos sectors econòmics, pel que fa les situacions contràries a la competència i l'elaboració i la difusió d'estudis relacionats amb la competència. Així mateix, exerceix les funcions d'arbitratge" (el subratllat no consta a l'original).

³ La OCDE ha configurat i fet públic un joc d'eines per a la valoració de la competència conformat per 3 volums (Principis, Guia i Manual d'operacions) <http://www.oecd.org/competition/assessment-toolkit.htm>.

Així mateix, la Comissió Europea ha fet públiques un conjunt de directrius i eines per a millorar la qualitat de la regulació: https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox_es

⁴ El principi de necessitat implica que tota norma que introdueixi restriccions a la competència ha de venir precedida d'una definició dels seus objectius i d'una clara justificació de la introducció de les restriccions (existència d'una relació de causalitat entre la restricció a la competència i la consecució de l'objectiu). El principi de proporcionalitat pretén evitar que els instruments en què es materialitza la restricció suposin només una millora relativa o marginal en termes de benestar social però que, al mateix temps, generin un greu dany en aquest degut a les importants restriccions a l'activitat econòmica que imposen.

⁵ El principi de mínima distorsió implica que, entre els instruments possibles per a assolir un objectiu determinat, s'ha d'escollir aquell que suposi la mínima afectació negativa a la competència.

⁶ El principi d'eficàcia suposa la capacitat de la norma d'assolir els objectius o efectes que es desitja.

⁷ El principi de transparència implica l'existència de transparència i claredat en el marc normatiu, en el procés d'elaboració de les normes i en la seva execució.

(5) Principi de predictibilitat⁸

L'ACCO ha assumit aquests principis com a orientadors de la seva actuació en l'elaboració d'Informes de regulació i els ha incorporat en la seva *Metodologia per Avaluar l'Impacte Competitiu de les normes (AIC)*⁹.

La tasca d'avaluació de l'impacte competitiu consta, bàsicament, de tres etapes:

- (i) Identificar les principals restriccions a la competència que conté la norma.
- (ii) Analitzar si les restriccions a la competència introduïdes estan justificades per a la consecució dels objectius que persegueix la norma, segons els principis de necessitat i proporcionalitat, i la resta de principis d'una bona regulació des del punt de vista de la competència.
- (iii) En cas que les restriccions estiguin justificades, comprovar, aplicant el principi de mínima distorsió, que no existeixen alternatives menys restrictives de la competència que permetin assolir l'objectiu desitjat.

Un cop acreditada l'existència d'una restricció a la competència en el punt (i), caldrà distingir si es tracta de restriccions prohibides¹⁰ o bé avaluables. En cas de tractar-se de restriccions avaluables, es procedirà a dur a terme les fases (ii) i (iii). La no superació de les etapes (ii) i/o (iii) comportarà la recomanació, per part de l'ACCO, de no establir o bé de suprimir aquella restricció. L'objectiu final és, doncs, evitar la introducció de restriccions innecessàries o desproporcionades en el funcionament dels mercats, obtenint una regulació més eficient des del punt de vista de la competència, sense renunciar a les finalitats d'interès general perseguides per la norma.

2. Valoració en termes de política de competència de l'avantprojecte de llei dels instruments de provisió del Sistema Públic de Serveis Socials.

L'any 2020, l'ACCO va tenir l'ocasió d'analitzar des d'una perspectiva de competència el Decret 69/2020, de 14 de juliol, d'acreditació, concert social i gestió delegada en la Xarxa de Serveis Socials d'Atenció Pública (en endavant, Decret 69/2020)¹¹, el qual desenvolupava la disposició addicional tercera del Decret llei 3/2016, de 31 de maig, de mesures urgents en matèria de contractació pública (en endavant, Dllei 3/2016)¹². El contingut del Decret i el l'avantprojecte de llei objecte d'aquest nou informe de regulació, que reprèn i desenvolupa més detalladament l'acció concertada, parteixen d'un mateix plantejament, la necessitat de regular els diversos instruments per a la provisió dels serveis socials a Catalunya; per aquest motiu, moltes de les consideracions en termes de

⁸ El principi de predictibilitat comporta oferir els operadors un marc estable i sòlid, sense incerteses, que els proporcionï seguretat jurídica.

⁹ Es tracta de la Metodologia d'Avaluació de l'Impacte Competitiu de les normes que l'ACCO aplica, principalment en l'elaboració dels Informes de Regulació, sens perjudici que també la pugui aplicar en els informes que realitzi sobre l'actuació de les administracions públiques. La Metodologia es pot consultar al lloc web de l'ACCO (<http://acco.gencat.cat/ca/detall/article/Metodologia-per-avaluar-l-impacte-competitiu-de-les-normes>).

¹⁰ Per exemple, poden ser restriccions prohibides aquelles contràries a normes de rang superior o a les prescripcions de normes comunitàries. Així mateix, cal recordar que les restriccions a la competència que s'introdueixin a les normes hauran de disposar d'una cobertura suficient en una norma amb rang de llei, de conformitat amb l'article 53.1 de la CE, en relació amb l'article 38 de la CE.

¹¹ Vegeu, en aquest sentit, l'informe de regulació de referència IR 48/2020 sobre el projecte de Decret d'acreditació, concert social i gestió delegada en la Xarxa de Serveis Socials d'Atenció Pública, emès per l'ACCO en data 9 de juliol de 2020 (https://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/actuacions/20200710_IR_48_2020_cat.pdf).

¹² Segons s'indica en el preàmbul de l'avantprojecte de llei, el Decret 69/2020 va desenvolupar reglamentàriament la disposició addicional 3a del Dllei 3/2016 amb una regulació de mínims, a fi de poder afrontar amb caràcter immediat la necessitat extraordinària i urgent d'utilitzar modalitats no contractuals en els sistemes de provisió dels serveis socials.

competència efectuades aleshores per l'ACCO, tant en termes generals com respecte aquells aspectes coincidents, són plenament vàlides respecte aquest avantprojecte de llei.

2.1. Breu referència al marc normatiu de la provisió dels serveis socials a Catalunya

La Llei 12/2007, d'11 d'octubre, de serveis socials (d'ara endavant, Llei 12/2007) va configurar un sistema públic de serveis socials, articulats a partir d'una cartera de serveis socials, i integrats pels serveis socials de titularitat pública i els de titularitat privada acreditats, els quals operen a través del sistema de concert o de gestió delegada. Tots aquests serveis configuren conjuntament la Xarxa de Serveis Socials d'Atenció Pública (XSSAP).

El DLlei 3/2016 va establir que els serveis socials regulats a la Llei 12/2007, es podien gestionar mitjançant les fórmules no contractuals del concert social i la gestió delegada (disposició addicional tercera). Aquestes fórmules comporten la prestació de serveis de la XSSAP en establiments de titularitat privada (concert social) o de titularitat pública (gestió delegada), mitjançant entitats privades, amb finançament, accés i control públics, d'acord amb el principi d'atenció personalitzada i íntegra, d'arrelament de la persona a l'entorn social, d'elecció de la persona i de continuïtat en l'atenció i la qualitat.

En aquest sentit, el DLlei 3/2016 es va avançar a la legislació estatal en matèria de contractació pública, pendent aleshores d'adaptació a les noves directives europees en aquest àmbit¹³, i va fer ús de la possibilitat prevista en aquestes directives d'excloure la prestació de serveis socials per entitats privades de l'àmbit de la contractació pública. En particular, la Directiva 2014/24/UE va reconèixer als poders públics dels Estats membres la llibertat per prestar per si mateixos determinades categories de serveis, en concret els que es coneixen com a serveis a les persones, com ara els serveis sanitaris, socials i educatius, i organitzar-los de manera que no sigui necessari subscriure contractes públics, sinó mitjançant mecanismes com el simple finançament d'aquests serveis o la concessió de llicències o autoritzacions als operadors que compleixin les condicions prèviament fixades pel poder adjudicador, i sempre que aquest sistema garanteixi els objectius del model sanitari i social propi, una publicitat suficient i s'ajusti als principis de transparència i no discriminació¹⁴.

Així, l'article 11.6 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer (d'ara endavant, LCSP) disposa que:

“Queda excluida de la presente Ley la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación”.

¹³ Directiva 2014/23/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió i la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública.

¹⁴ Vegeu en aquest sentit, els considerants núm. 6 i 114 de la Directiva 2014/24/UE.

D'altra banda, la disposició addicional 49a d'aquesta mateixa llei preveu que els Comunitats Autònomes, en l'exercici de les competències que tinguin atribuïdes, puguin legislar articulant instruments no contractuals per a la prestació de serveis públics destinats a satisfer necessitats de caràcter social.

En aquest context normatiu i en compliment del mandat legal del Parlament¹⁵, el Govern ha elaborat un avantprojecte de llei que, com s'indica en el preàmbul, té l'objectiu d'assolir la millora contínua en la qualitat del Sistema Públic de Serveis Socials de Catalunya. Així, d'una banda, l'avantprojecte de llei defineix els elements essencials sobre la participació de les entitats privades en la provisió dels serveis socials i estableix un sistema flexible de provisió dels mateixos, tot potenciant el paper del tercer sector social com a cooperadors del sistema; de l'altra, regula de manera sistemàtica i completa les diferents modalitats d'acció concertada, així com determinats elements directament vinculats a la qualitat dels serveis i a la seva planificació i avaluació. Addicionalment, l'avantprojecte de llei crea l'Agència Pública de Serveis Socials de Catalunya, com a forma de gestió directa dels serveis de titularitat del Sistema Públic de Serveis Socials de Catalunya que corresponen al departament competent en matèria de serveis socials. Finalment, amb caràcter addicional a l'acció concertada, l'avantprojecte de llei regula la figura del "bo d'impacte social" com a fórmula innovadora que pretén l'assoliment d'objectius de polítiques socials i està orientat a la consecució de resultats.

2.2. Consideracions generals

Tal i com es va posar de manifest respecte el Decret 69/2020, l'ACCO no desconeix la possibilitat legal d'emprar mecanismes no contractuals per satisfer la provisió pública dels serveis socials¹⁶; de fet, ja des de l'aprovació del DLlei 3/2016 es van establir el concert social i la gestió delegada com a sistemes prioritaris per a la cobertura de les necessitats de provisió pública en l'àmbit dels serveis socials; tanmateix, cal reiterar que tant la Directiva 2014/24/UE com la LCSP contenen aquesta possibilitat juntament amb l'ús d'instruments contractuals que incorporin determinades clàusules.

Un model extracontractual per a la provisió d'aquests serveis públics, més enllà de la corresponent empara legal, presenta importants implicacions en termes de política de competència. I és precisament des d'aquesta perspectiva que cal recordar que els processos de contractació pública permeten, mitjançant la rivalitat entre els operadors que es produeix en el moment de la licitació - per tal de resultar adjudicatari del contracte de què es tracta -, l'elecció del millor proveïdor del servei també en termes de qualitat, aspecte fonamental en la prestació dels serveis socials (de fet, és un dels principis rectors del nostre sistema de serveis socials, tal i com així ho estableix la Llei 12/2007¹⁷), al mateix temps que garanteixen l'aplicació dels principis bàsics d'utilització eficient dels fons públics, salvaguarda de la lliure competència i selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa, nuclears del nostre sistema de contractació pública.

Així, els processos de contractació pública provoquen el que es coneix com a competència PEL mercat, és a dir, provoquen la concurrència de diferents operadors que rivalitzen per obtenir al dret a explotar, gestionar o proveir uns serveis de manera exclusiva durant un període de temps determinat. En aquests processos, la competència es produeix en el moment de la licitació del

¹⁵ La disposició final segona de la Llei 5/2020, del 29 d'abril, de mesures fiscals, financeres, administratives i del sector públic i de creació de l'impost sobre les instal·lacions que incideixen en el medi ambient, va establir que el Govern havia d'aprovar, en el termini de dos anys, un projecte de llei per revisar el marc regulador de la gestió concertada de naturalesa no contractual per a la prestació de serveis de caràcter social.

¹⁶ De fet, d'acord amb la jurisprudència del TJUE, es tracta tècnicament de contractes públics, tanmateix sotmesos a un règim específic.

¹⁷ L'article 5 de la Llei 12/2007 estableix els principis rectors del sistema públic de serveis socials. Entre els diversos principis esmentats, fa referència a la qualitat dels serveis: "El sistema de serveis socials ha d'aplicar criteris d'avaluació de la qualitat dels programes, les actuacions i les prestacions, prenent com a referència el concepte de qualitat de vida i vetllant perquè els serveis i els recursos s'adaptin a les necessitats socials i al desenvolupament de la comunitat".

contracte, en què concorre una pluralitat d'operadors amb diferents ofertes de preu, qualitat o altres característiques. Un cop adjudicat el contracte a un operador determinat, la competència pel mercat desapareix durant tota la vigència del contracte, i no reapareix fins que es produeix una nova licitació. Per això, adquireix especial rellevància el disseny del procediment de licitació del contracte, que haurà de ser el més competitiu possible.

Per aquests motius, l'ACCO considera que els instruments previstos en el sistema de contractació pública són mecanismes que, atesos els seus pilars fonamentals -transparència, concurrència, lliure competència i no discriminació entre operadors-, permeten suscitar rivalitats entre diferents operadors interessats en l'explotació del contracte i garantir, d'aquesta manera, la requerida provisió pública de serveis socials de qualitat a preu competitiu (de fet, l'administració pública es veurà recompensada per haver suscitat la competència entre operadors amb l'obtenció de l'oferta que implica la millor relació qualitat/preu del servei objecte de contractació). Per tal que l'interès general obtingui les màximes aportacions econòmiques i socials amb els ingressos públics dels contribuents, l'eficiència i la competència han de ser sempre preservades.

Aquesta consideració no desconeix la importància d'assegurar que en la contractació de les prestacions pròpies d'aquests serveis es tinguin especialment en compte els aspectes qualitatius; es tracta de serveis en què el factor humà, és a dir, els professionals que realitzen les prestacions pròpies d'aquests serveis, incideix directament en la qualitat dels mateixos. En particular, l'ACCO manté, tal com ja va manifestar respecte el Decret 69/2020, que els procediments de licitació poden sens dubte dissenyar-se de manera que l'adjudicació d'aquests serveis compleixi amb els principis de qualitat, continuïtat assistencial, accessibilitat, assequibilitat, disponibilitat i exhaustivitat, tot això en atenció a l'especial naturalesa i transcendència per a la nostra societat de les prestacions que engloben aquesta tipologia de serveis. En resum, per l'ACCO, el foment de la competència en el mercat i l'eficiència en la despesa pública no són incompatibles amb una provisió pública de serveis socials que valori al màxim la qualitat dels mateixos, ans al contrari, constitueixen autèntics catalitzadors per a l'assoliment d'aquest objectiu públic.

Malgrat aquestes possibilitats inherents al sistema de contractació pública en termes de política de competència, la normativa catalana vigent en aquest àmbit (el Dllei 3/2016 i el Decret 69/2020), com aquest avantprojecte de llei, estableix com a regla general un sistema alternatiu i preferent, respecte els mecanismes de contractació pública, per a la provisió dels serveis socials de la XSSAP, i per això mitjançant aquest informe s'efectua l'avaluació de l'impacte competitiu de la norma. Aquesta tipologia d'anàlisi requereix que qualsevol restricció a la competència que s'hi introdueixi no sigui discriminatòria, estigui justificada en base als principis de necessitat i proporcionalitat, així com que compleixi amb la resta de principis d'una bona regulació eficient i afavoridora de la competència.

En aquest sentit, com ja es va apuntar respecte el Decret 69/2020, l'ACCO considera que també aquest avantprojecte de llei hauria de constituir una finestra d'oportunitat per a promoure la competència entre les diverses entitats de serveis socials proveïdores del sistema públic de serveis socials amb l'objectiu d'assolir el nivell de qualitat requerida per a una satisfactòria prestació dels mateixos. En altres termes, malgrat trobar-nos en un entorn extracontractual, assegurar rivalitats o pressions competitives entre els diferents operadors del mercat interessats en formar part de la referida XSSAP es concep com un element essencial per garantir la millora continua en la prestació del servei, la innovació, la qualitat i, en darrer extrem, l'eficiència dinàmica i estàtica de mercat.

Així en aquest informe s'identifiquen alguns aspectes de l'avantprojecte de llei, que s'analitzen a continuació, que en opinió de l'ACCO, es configuren com a restriccions tant a la concurrència com a la competència entre operadors, que poden dificultar el desenvolupament de la competència en el mercat i que, per tant, es disposi de serveis socials públics de més qualitat.

2.3. Anàlisi de les restriccions a la competència contingudes a l'avantprojecte de llei

Més enllà d'aquestes consideracions generals sobre l'avantprojecte de llei i la rellevància dels mecanismes propis de contractació pública per a la provisió d'un servei a les persones de qualitat, cal posar de manifest certs aspectes del text analitzat que haurien de ser objecte de valoració des d'una perspectiva de competència i bona regulació econòmica del mercat:

(1) Preferència de l'acció concertada com a modalitat no contractual per a la provisió dels serveis del Sistema Públic de Serveis Socials de Catalunya

L'article 12 de l'avantprojecte de llei disposa que: *“sens perjudici de les formes de gestió directa, la provisió del servei del Sistema Públic de Serveis Socials de Catalunya s'articula de manera preferent mitjançant l'acció concertada, com a sistema diferenciat respecte del les modalitats contractuals que regula la legislació de contractes del sector públic, que també es poden utilitzar per a la provisió del servei de la Xarxa de Serveis Socials d'Atenció Pública”*.

Aquest article, i en la línia del que s'explicita en el preàmbul de l'avantprojecte de llei, estableix una expressa preferència o prioritat en l'ús de les diverses modalitats de l'acció concertada, que s'articulen com instruments no contractuals, per a la provisió dels serveis socials que integren la XSSAP, que pot comportar que aquestes modalitats (el concert social, la gestió delegada o els convenis singulars de cooperació entre administracions públiques) siguin emprades de manera sistemàtica -o per defecte- per part de les administracions públiques responsables dels serveis a proveir.

Sense qüestionar la idoneïtat d'aquestes modalitats de provisió, les quals poden resultar especialment adaptades a la particularitat d'alguns serveis socials, no es pot desatendre el fet que els mecanismes que articula del nostre sistema de contractació pública també poden respondre de manera satisfactòria a les necessitats de provisió pública en aquest àmbit. De fet, com hem posat de manifest en l'apartat anterior, els procediments de licitació previstos a la normativa de contractació pública, dels quals la concurrència i la competència en són principis inspiradors, poden dissenyar-se de manera que l'adjudicació dels serveis socials també garanteixi la qualitat, la continuïtat assistencial, l'accessibilitat, l'asequibilitat, la disponibilitat i l'exhaustivitat, entre altres elements que presenten una especial rellevància en aquest àmbit i, al mateix temps, que l'interès general obtingui les màximes aportacions econòmiques i socials amb els ingressos públics dels contribuents i l'eficiència en la despesa pública efectuada.

Per aquest motiu, l'ACCO considera que, des d'una òptica de promoció de la competència, el recurs a les diverses modalitats d'acció concertada no s'hauria d'establir amb caràcter preferent per a la provisió dels serveis socials, és a dir, sinó com una possibilitat addicional respecte de les modalitats previstes, amb caràcter general, en la legislació de contractes del sector públic. En aquest sentit, l'elecció d'una o altra modalitat per abastir-se d'aquests serveis hauria de ser fruit d'una anàlisi detallada de les necessitats de provisió en cada cas concret i dels diversos instruments disponibles per a l'òrgan de l'administració responsable, que l'hauria de conduir a l'elecció de l'instrument més idoni per a la provisió del servei social de què es tracti. En altres termes, l'ACCO proposa que calgui valorar quina és la manera més idònia per assolir aquells aspectes intrínsecament relacionats a

l'especial naturalesa d'aquests serveis (en els quals, la qualitat n'és un factor principal), és a dir, a través de sistemes d'acció social concertada, que com hem apuntat impliquen un règim especial de contractació o bé, a través de l'aplicació dels mecanismes generals de provisió de serveis previstos a la normativa de contractació.

(2) Preferència de les entitats d'iniciativa social per la subscripció d'acords d'acció concertada

L'article 13.4 de l'avantprojecte de llei estableix que *"l'acció concertada s'adreça preferentment a les entitats d'iniciativa social, respectant els principis de publicitat, transparència i no discriminació"*. D'altra banda, l'article 21.4 disposa que *"sempre que hi hagi anàlogues condicions d'eficàcia, qualitat i costos, així com d'eficiència pressupostària, les entitats d'iniciativa social l'objecte principal de les quals sigui la gestió i la prestació dels serveis socials objecte de l'acció concertada tenen preferència per establir acords d'acció concertada"*.

Si bé aquests articles no exclouen de manera directa la participació de les entitats o operadors en l'àmbit dels serveis socials de naturalesa mercantil, l'ACCO considera que l'establiment d'una preferència per a les entitats d'iniciativa social, amb caràcter general i, per tant, no vinculada directament a l'objecte concret del servei a proveir cas concret ni degudament justificada per l'òrgan de contractació provoca una alteració injustificada de les condicions de competència en el mercat. Així, partint del fet que totes les entitats que concorrin en aquests procediments de provisió de serveis socials han d'estar autoritzades i acreditades (com ho preveuen els articles 4 i 5 de l'avantprojecte de llei, així com també la Llei 12/2007), es tracta d'una diferència de tracte basada només en la concreta forma jurídica adoptada per les entitats (mercantil o d'iniciativa social), sense que es coneguin quines són les concretes característiques o criteris que fonamenten aquesta preferència (que haurien d'estar vinculades, en tot cas, amb l'objecte del servei a proveir) i obviant que alguns dels aspectes que presumiblement s'associen a aquesta tipologia d'entitats, també poden ser plenament satisfets per entitats de naturalesa mercantil (per exemple, qüestions relacionades amb determinats aspectes organitzatius de l'entitat proveïdora, de responsabilitat social, etc.).

En termes estrictes de competència, l'establiment d'aquesta preferència pot desincentivar la participació de les entitats de serveis socials de naturalesa mercantil en les convocatòries públiques per a la provisió de serveis socials, comportar el debilitament del nivell de rivalitat competitiva en el procediment de selecció i, de retruc, una menor varietat d'ofertes en termes, per exemple, de qualitat, entre les quals seleccionar l'entitat finalment proveïdora del servei. Finalment, en termes agregats i de funcionament de mercat, pot debilitar l'estructura del mateix (manca d'incentius per a l'entrada de nous operadors o, fins i tot, sortida d'operadors).

Addicionalment, l'ACCO considera que aquesta preferència generalitzada a favor de les entitats d'iniciativa social podria entrar en contradicció amb el principi de no-discriminació expressament previst a l'article 14 de l'avantprojecte de llei -relatiu als principis de l'acció concertada- segons el qual, *"les condicions d'accés a l'acció concertada que s'estableixin no han de comportar privilegis injustificats per a determinades entitats"*. Obrir la porta, tal com fa l'avantprojecte de llei, a una preferència en funció de la naturalesa jurídica de l'entitat comporta, precisament, l'establiment d'un privilegi injustificat.

Per tant, com en el cas anterior, cal que aquesta preferència per les entitats d'iniciativa social s'analitzi en cada cas concret i es justifiqui adequadament per part l'administració responsable de la provisió del servei social.

(3) Procediment de provisió per acord directe

L'avantprojecte de llei estableix dues vies principals per esdevenir entitat proveïdora de la XSSAP¹⁸: en primer lloc, a través d'un procediment amb convocatòria pública obert, en principi, a qualsevol tipus d'entitat acreditada per a la prestació de serveis socials (article 20) i, de l'altre, un procediment per acord directe, el qual es reserva exclusivament a les entitats d'iniciativa social (article 24). En aquest sentit, l'article 24.1 de l'avantprojecte de llei disposa que:

"24.1 Les entitats d'iniciativa social constituïdes amb vista a contribuir a la realització dels objectius institucionals d'assistència social que actuen sense ànim de lucre i amb finalitats de solidaritat, que estiguin prèviament acreditades pel departament competent en matèria de serveis socials, poden cooperar directament en la prestació de determinats serveis socials d'acord amb la planificació i la legislació que s'estableixen en l'àmbit social.

L'acord directe es pot emprar quan no sigui convenient per a l'interès públic promoure la concurrència pública per la naturalesa de la prestació, i es justifiqui en el seu impacte social la solidaritat i la millor atenció a les persones, sempre que es garanteixi l'eficiència pressupostària del servei i no es distorsioni indegudament la competència. L'establiment d'aquests acords no pot implicar l'obtenció de cap benefici per a l'entitat o les seves persones membres derivat de la seva prestació, independentment del reembors dels costos variables i fixos, directes i indirectes, necessaris per prestar el servei, ni referir-se a les activitats comercials que duen a terme aquestes entitats.

En particular, es pot aplicar el procediment d'acord directe en els supòsits següents:

- a) Quan s'acrediti que en una convocatòria pública prèvia no s'ha presentat cap sol·licitud adequada, sempre que no es modifiquin substancialment les condicions de la convocatòria. Es considera que una sol·licitud no és adequada quan no compleix els requisits o les condicions que estableix la convocatòria.*
- b) Quan només hi hagi una entitat proveïdora acreditada del servei social al territori.*
- c) Quan havent-n'hi diverses d'acreditades, la capacitat assistencial que poden oferir totes elles és inferior a les necessitats del servei.*
- d) Quan es tracti de serveis experimentals.*
- e) Quan es tracti de serveis socials personalíssims que tinguin com a característica determinant l'arrelament de la persona en l'entorn i sigui necessari dotar de continuïtat l'atenció a les persones que ja eren usuàries del servei, com ara els serveis prestats en establiments que la persona pugui considerar com el seu domicili o quan s'hagi anat prestant els serveis d'assistència que comportin la presa de decisions personalíssimes en l'exercici de la capacitat jurídica.*

[...]"

En primer lloc, des d'una òptica de promoció de la competència, els procediments per acord directe, comporten, *per se*, una vulneració flagrant dels principis bàsics de concurrència i competència.

Com succeeix en el cas de l'adjudicació directa de determinats contractes (per exemple, en contractes menors o en procediments negociats sense publicitat), en els supòsits de provisió per

¹⁸Com hem esmentat anteriorment, les entitats d'iniciativa privada (tant mercantils com d'iniciativa social) hauran d'estar autoritzades o habilitades mitjançant el sistema de comunicació prèvia com a entitats prestadores de serveis socials (i trobar-se inscrites al Registre d'entitats, serveis i establiments socials) i obtenir l'acreditació per a poder esdevenir entitats proveïdores de la XSSAP, de conformitat amb el que estableix la Llei 12/2007 i el mateix avantprojecte de llei (el qual, al seu torn, introdueix una sèrie de modificacions en aquestes qüestions de la Llei 12/2007).

acord directe s'impedeix la participació (concurrència) de les entitats i s'anul·la la competència pel mercat que caldria que es produís entre les diferents entitats de serveis socials interessades en esdevenir proveïdores de la XSSAP. Com hem assenyalat anteriorment, en els supòsits de competència pel mercat, com hauria de ser en el cas de la provisió dels serveis socials, la rivalitat es manifesta en una pluralitat d'ofertes, en base a diversos paràmetres, que haurien de permetre a l'administració pública responsable del servei social a proveir, escollir aquella oferta que millor s'adeqüés a les concretes necessitats i interessos a satisfer i, alhora, vetllar per una assignació el més eficient possible dels recursos públics.

En aquest sentit, per l'ACCO és difícilment imaginable el supòsit, recollit en l'article 24.1 de l'avantprojecte de llei objecte d'estudi, en què "*no sigui convenient per a l'interès públic*" promoure la concurrència pública d'entitats de serveis socials que, recordem, ja estan autoritzades o habilitades i consten degudament acreditades per a la provisió de serveis socials (per tant, ja han passat un "filtre" d'aptitud o idoneïtat). D'altra banda, evitar un procediment per convocatòria oberta i atorgar directament la provisió d'un servei a una determinada entitat és una situació objectivament distorsionadora de la competència i, per tant, caldria una motivació especialment detallada en termes de necessitat i proporcionalitat respecte aquesta qüestió. Finalment, el fet que la provisió per acord directe no es defineixi de manera estricta (l'article 24 de l'avantprojecte de llei especifica uns exemples en els quals es pugui fer ús d'aquest mecanisme, però en cap cas es tracta d'una llista tancada de supòsits), pot comportar-ne un ús clarament excessiu i, probablement, no desitjat per part de la unitat impulsora de l'avantprojecte de llei.

L'ACCO considera que els procediments mitjançant convocatòria pública, com a procediment a emprar amb caràcter general, i el procediment d'emergència (article 25), per a la provisió de serveis socials amb caràcter d'urgència, haurien de ser suficientment àgils i adaptables a la generalitat de situacions de provisió de serveis socials i, per tant, s'hauria d'eliminar de l'avantprojecte de llei la possibilitat d'acordar directament la provisió dels serveis socials a una determinada entitat de serveis socials o, en el seu defecte, definir de manera més estricta els supòsits en els quals és pot recórrer a aquest mecanisme, els quals haurien de ser objecte d'una justificació detallada en cada cas concret i sempre com a última ràtio.

Adicionalment, l'ACCO considera que reservar aquesta possibilitat només a les entitats d'iniciativa social suposa, de nou, una restricció addicional a la que ja implica de per se el mecanisme de la provisió per acord directe. Cal tenir present, que tant les entitats d'iniciativa social com les d'iniciativa mercantil que poden esdevenir proveïdores de la XSSAP compten amb les corresponents autoritzacions i acreditacions com a tals, de conformitat amb la normativa de serveis socials. Per tant, distingir el tracte d'aquestes entitats només per la forma jurídica de les mateixes, el que constitueix una clara discriminació¹⁹, en el marc d'un procediment, com la provisió per acord directe, que limita la concurrència d'entitats i anul·la els mecanismes de competència, és difícilment justificable. Per tant, l'ACCO recomana suprimir la reserva establerta amb caràcter general a favor de les entitats d'iniciativa social en els procediments de provisió per acord directe²⁰.

¹⁹ Aquesta valoració sobre la reserva dels procediments per acord directe a les entitats d'iniciativa social també és aplicable respecte la provisió continguda a l'article 21.5 de l'avantprojecte de llei, que també preveu la possibilitat de reservar les convocatòries públiques per a la provisió de serveis socials a aquesta tipologia d'entitats: "21.5 Per raons d'interès públic les convocatòries per a la provisió de serveis es poden adreçar específicament entitats d'iniciativa social sempre que ho justifiquin les circumstàncies que concorrin, com ara: [...]".

²⁰ Sense entrar a valorar aspectes de legalitat d'aquesta reserva, qüestió que no correspon a aquesta autoritat, cal tenir present que el TJUE, en la sentència de l'assumpte C-436/20 (ASADE I) i la interlocutòria de l'assumpte C-676/20 (ASADE II), ha fet una interpretació restrictiva de la possibilitat que ofereixen les directives europees de contractació pública de reservar els contractes de serveis socials a determinada tipologia d'entitat, establint el compliment d'uns requisits, al seu torn, molt estrictes. Tal com recull en la interlocutòria de 31 de març de 2023, en l'assumpte C-676/20:

(4) Criteris d'assignació dels serveis objecte d'acció concertada

L'article 21.1 de l'avantprojecte de llei disposa que “l'administració pública ha de garantir la distribució objectiva dels serveis entre les entitats que vulguin ser proveïdores al territori mitjançant criteris objectius generals i específics”. Continua l'article detallant quins són els criteris generals d'assignació (art. 21.2) i remet la determinació dels criteris específics d'assignació a un futur desplegament reglamentari o, si escau, a la concreta convocatòria del procediment per a la provisió dels serveis (art. 21.3).

Com a premissa general, en aplicació dels principis de competència i de bona regulació, cal que els criteris que s'estableixin per a la selecció (o d'assignació, en els termes de l'avantprojecte de llei) de l'entitat proveïdora de l'administració pública responsable no siguin discriminatoris, es trobin justificats en base a una raó d'interès general o objectiu legítim i siguin proporcionats per a l'assoliment d'aquest objectiu, al mateix temps que cal que estiguin directament relacionats o vinculats amb l'objecte i la qualitat de la prestació del servei de què es tracti. Aquests requeriments exigeixen, en aplicació del principi de transparència, que els criteris i subcriteris així com les valoracions que se'n facin es trobin especificats en les convocatòries efectuades per l'administració per a l'assignació a un concret proveïdor, qüestió que caldrà tenir en compte l'hora d'efectuar les diverses convocatòries que es facin per a la provisió dels serveis de què es tracti. Com ha manifestat

“49. Por lo que atañe, en primer termino, al principio de igualdad de trato de los operadores económicos, el hecho de que las entidades privadas con ánimo de lucro no tengan la posibilidad de participar en tales procedimientos de adjudicación de contratos públicos constituye una diferencia de trato entre los operadores económicos contraria a dicho principio, salvo que tal diferencia esté justificada por circunstancias objetivas (ASADE I, apartado 87).

50. En el presente caso, siempre y cuando el órgano jurisdiccional remitente compruebe que así es, el recurso exclusivo a las entidades privadas sin ánimo de lucro para garantizar la prestación de los servicios sociales y sanitarios que pueden ser objeto de un acuerdo de acción concertada parece estar motivado tanto por los principios de universalidad y de solidaridad, propios de un sistema de asistencia social, como por razones de eficiencia económica y de adecuación, toda vez que permite que esos servicios de interés general sean prestados en condiciones de equilibrio económico en el orden presupuestario, por entidades constituidas esencialmente para servir al interés general y cuyas decisiones no se guían, como señala el Gobierno español, por consideraciones puramente comerciales (véase, en este sentido, la sentencia ASADE I, apartado 90 y jurisprudencia citada).

51. Cuando está motivada por tales consideraciones, la exclusión de las entidades privadas con ánimo de lucro de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos que tienen por objeto la prestación de tales servicios no es contraria al principio de igualdad, siempre y cuando dicha exclusión contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria que sustentan ese sistema (sentencia ASADE I, apartado 91 y jurisprudencia citada).

52. Es preciso además subrayar, por lo que respecta al referido objetivo de eficiencia presupuestaria, que la exclusión de las entidades privadas con ánimo de lucro de estos procedimientos de adjudicación no contraviene el Derecho de la Unión solo porque un procedimiento de adjudicación en el que hubieran podido participar habría podido eventualmente permitir la prestación del mismo servicio de ayuda a las personas con un menor coste para el poder adjudicador. En efecto, la eficiencia presupuestaria, en el contexto de la prestación de los servicios de que se trata en el litigio principal, debe valorarse a la luz de las particularidades inherentes a esa prestación, relativas a la necesidad de garantizar que la exclusión de las entidades con ánimo de lucro contribuya efectivamente a la finalidad social y a los objetivos de solidaridad perseguidos por ese poder adjudicador.

53. De ello se deduce que el principio de igualdad de trato de los operadores económicos, tal como se consagra actualmente en el artículo 76 de la Directiva 2014/24, autoriza a los Estados miembros a reservar el derecho a participar en el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos de servicios de salud y de servicios sociales, enumerados en el anexo XIV de esta Directiva, a las entidades privadas sin ánimo de lucro, incluidas las que no son estrictamente entidades de voluntariado, siempre que, por una parte, los eventuales beneficios que se deriven de la ejecución de dichos contratos sean reinvertidos por dichas entidades con el fin de alcanzar el objetivo social de interés general que persiguen y, por otra parte, se cumplan todos los requisitos recordados en los apartados 50 y 51 del presente auto (véase, en este sentido, la sentencia ASADE I, apartado 95).

54. En cambio, el artículo 76 de la Directiva 2014/24 se opone a que tales contratos públicos puedan adjudicarse directamente, sin un proceso competitivo, a una entidad sin ánimo de lucro que no sea una entidad de voluntariado. En efecto, este artículo exige que, antes de proceder a tal adjudicación, el poder adjudicador compare y clasifique las ofertas respectivas de las diferentes entidades sin ánimo de lucro que hayan manifestado su interés, teniendo en cuenta, en particular, el precio de esas ofertas, aun cuando dicho precio esté limitado a la cobertura de los costes de prestación del servicio (véase, en este sentido, la sentencia ASADE I, apartado 96 y jurisprudencia citada).” (el subratllat no consta en l'original).

en moltes ocasions l'ACCO, en especial respecte la contractació pública, cal ser molt curós amb l'establiment dels criteris de selecció o assignació, doncs de la correcta definició dels mateixos en dependrà l'existència d'una veritable competència entre els operadors, en aquest cas les entitats de serveis socials, per arribar a ser els proveïdors dels serveis. Per tant, en termes generals, cal tenir present que no tots els criteris d'assignació previstos a l'avantprojecte de llei (i els que s'especifiquin per reglament o en la convocatòria corresponent) es trobaran sempre justificats, de manera no haurien de ser d'aplicació general en tots els casos sinó respondre a les necessitats de cada cas concret, és a dir, de cada servei social a proveir.

A continuació s'efectuen diverses consideracions des d'una òptica de promoció de la competència d'alguns dels criteris generals d'assignació:

- En primer lloc, pel que fa el criteri relatiu a “continuitat en l'atenció personalitzada i integral les persones usuàries i el seu arrelament en l'entorn social” (lletra a) de l'article 21.2 de l'avantprojecte de llei) que si bé es pot considerar un criteri objectiu directament vinculat amb l'especial naturalesa d'aquests serveis, corre el risc de convertir-se en un criteri que afavoreixi la continuïtat de l'entitat que ha vingut prestant el servei i això malgrat l'existència d'altres entitats capaces de prestar els serveis de gran qualitat tot garantint l'esmentada continuïtat i arrelament socials però que difícilment podran accedir a la modalitat d'acció concertada de què es tracti. En opinió de l'ACCO, cal ser molt curós en l'aplicació d'aquest criteri de manera que no s'estableixin tractes preferencials totalment injustificats a favor de les entitats que ja presten els serveis, les quals poden veure disminuïda la necessitat de millora contínua en la prestació de serveis de qualitat en absència de pressions competitives (perquè sap que prestarà de manera indefinida el servei social objecte de l'acció concertada).
- Addicionalment, l'avantprojecte de llei estableix una sèrie de criteris vinculats amb la qualitat de l'organització de la prestació del servei que poden ser tinguts en compte per l'administració responsable per a escollir les entitats proveïdores dels serveis socials. Alguns d'aquests es refereixen directament a les característiques de les persones adscrites a l'execució del servei i que no necessàriament han de trobar-se directament vinculats amb la qualitat d'aquest, que és l'objectiu principal que es pretén assolir. En aquest sentit, la lletra c.1) estableix com a criteri disposar “la capacitat, la qualificació o l'experiència de les persones directament vinculades amb l'execució dels serveis a proveir”; d'altra banda, “les propostes de millora en relació amb la qualificació o experiència de les persones adscrites a l'execució del servei, així com els aspectes que puguin validar-ne la implicació o motivació en relació amb les necessitats de les persones usuàries especialment les que es trobin en situació de necessitat d'especial atenció” (lletra c.3). Es tracta, en d'ambdós casos, de criteris vinculats amb l'experiència prèvia, no de l'entitat proveïdora del sistema públic, si no del personal que hi presta el servei, aspecte que, segons el parer de l'ACCO, no en tots els supòsits es trobarà justificat en relació amb l'objecte de la prestació i la qualitat de la mateixa. És a dir, en alguns tipus de serveis socials es podrà justificar l'exigència d'una experiència mínima, però difícilment es pot considerar que, inclús en aquests casos, aquesta experiència mínima pugui ser exigida a totalitat del personal adscrit al servei.

Des d'una perspectiva de competència, aquestes previsions, si no es troben plenament justificades per al cas concret, es configuren com (i) una intervenció excessiva en l'àmbit de decisió propi de l'entitat respecte del personal que presta el servei i (ii) com una barrera d'entrada a l'activitat per part dels professionals que podrien prestar serveis en el sí d'aquestes entitats (per exemple, psicòlegs, treballadors socials, professionals sanitaris,

etc.), els quals si no comptessin amb determinada experiència (que s'entén que es concretaria via reglamentària o en la convocatòria) es veurien exclosos del mercat conformat pels serveis socials objecte de l'acció concertada.

- Així mateix, es preveuen una sèrie de criteris vinculats amb la responsabilitat social de l'entitat proveïdora (apartat e) que poden ser tinguts en compte en la determinació de l'entitat proveïdora, que si bé responen a un objectiu plenament legítim, no necessàriament es troben vinculats de manera directa amb la prestació objecte de l'acció concertada. Són criteris accessoris, no necessàriament objectivables i que, per aquest motiu, comporten un alt grau de discrecionalitat per part de l'administració responsable a l'hora de valorar-los. Atès que l'avantprojecte de llei estableix l'obligatorietat d'aquest criteri (*"S'han de tenir en compte, entre altres, els criteris següents:..."*), cal ser molt curós amb la seva inclusió en les futures convocatòries per a la provisió dels serveis socials de què es tracti, de manera que es prioritzin aquells que es trobin més estretament vinculats amb l'objecte del concret instrument d'acció concertada i, respecte dels altres, dotar-los d'un pes relatiu inferior en la convocatòria.

En aquest sentit, quan aquests criteris accessoris (respecte de l'objecte del concert social o gestió delegada) s'estableixen de manera molt estricta o tenen un pes excessiu a l'hora d'escollir l'entitat proveïdora, es limita injustificadament el nombre d'entitats o operadors que podrien estar interessats en participar en la convocatòria oberta per l'Administració, tot ressentint-se'n la qualitat, en nombre d'ofertes entre les que escollir, de la convocatòria i, de retruc, de la pròpia prestació (el servei social) a proveir mitjançant l'acció concertada.

En definitiva, l'ACCO recomana la revisió dels criteris d'assignació dels serveis objecte d'acció concertada previstos a l'article 21 de l'avantprojecte de llei, en la línia de l'exposat en aquest apartat. Addicionalment, quan aquests criteris s'especifiquin, via reglament o en la convocatòria corresponent, caldrà que no es defineixin de manera discriminatòria, que es justifiquin en base a una raó d'interès general o objectiu legítim i siguin proporcionats per a l'assoliment d'aquest objectiu, al mateix temps que cal que estiguin directament relacionats o vinculats amb l'objecte i la qualitat de la prestació del servei social de què es tracti.

(5) Bo d'impacte social

L'avantprojecte de referència preveu la figura del *bo d'impacte social*, entès com una modalitat contractual d'innovació que persegueix l'assoliment d'uns resultats en l'àmbit dels serveis socials o serveis a les persones. En particular, l'avantprojecte contempla la possibilitat d'acudir a aquesta fórmula innovadora de contractació (en què l'administració paga per l'assoliment d'un resultat); tanmateix, aquesta tipologia contractual es troba reservada en exclusiva per a les entitats d'iniciativa social.

Tant si es tracta d'una modalitat de contractació innovadora o d'un contracte públic en el qual la determinació exacte del preu dependrà del resultat assolit, ex article 102.6 de la LCSP, la reserva d'aquest tipus de contractes públics a una categoria determinada d'operadors -els d'iniciativa social- no resulta prou justificada en termes de política de competència i de funcionament de mercat, atès que l'objectiu dels referits contractes públics és l'assoliment de certs resultats preestablerts amb impacte social positiu, de manera que hauria de ser irrellevant el tipus concret d'entitat a través de la qual s'aconsegueixi el resultat. En altres termes, els criteris de solvència tècnica i professional que regeixen la licitació han de ser els adients per seleccionar una entitat amb aptitud suficient per

presentar el servei objecte de contractació, sense que calgui reservar aquest tipus de contractes públics a una única categoria de possibles prestadors.

A més, des del punt de vista de contractació pública, els contractes d'impacte social són una tipologia concreta de contractació plenament subjecta a les previsions generals de la LCSP, tant pel que fa (i) a aplicació dels seus principis vertebradors: llibertat d'accés a les licitacions públiques, publicitat, no discriminació, igualtat de tracte, concurrència i lliure competència, com pel que fa (ii) a què certes característiques de les empreses licitadores (a saber, forma jurídica o existència o no d'ànim de lucre) no resulten criteris admissibles per a la selecció dels candidats; com, finalment, (iii) que la reserva d'aquests contractes no es troba emparada per la disposició addicional quarta de la LCSP ni per cap altra previsió específica.

Així, des de punt de vista del funcionament de mercat, es recomana eliminar la reserva en favor de les entitats d'iniciativa social respecte de la modalitat contractual que implica el bo d'impacte social.

(6) Objecte de l'acció concertada

En relació a l'objecte de l'acció concertada, l'avantprojecte de llei preveu:

- En el seu article 15.3, que *“quan el volum del servei ho justifiqui, s'han de dividir en lots els serveis que s'han de proveir a fi de promoure la participació de les entitats petites i mitjanes”*. En aquest sentit, es considera tècnicament desitjable que l'avantprojecte de llei estableixi com a principi general la divisió en lots i no únicament quan el volum dels serveis a proveir així ho justifiqui. En altres termes, l'ACCO recomana, a fi de promoure la participació de les entitats de petites dimensions en l'acció concertada, que s'estableixi, per defecte, la norma de divisió en lots de l'objecte de l'acció concertada, de la mateixa manera que la LCSP preveu, en el seu article 99, la divisió del contracte en lots.
- En el seu article 15.4, que *“el concert social pot tenir per objecte també la construcció i, si escau, el finançament d'establiments i instal·lacions de serveis socials de titularitat de l'entitat proveïdora, juntament amb la concertació dels serveis que es posin en marxa”*. Aquesta previsió preocupa a l'ACCO, atès que estendre l'àmbit de l'acció concertada en matèria de serveis a les persones a la construcció d'establiments i instal·lacions no sembla que tingui un bon encaix; ja que tant la Directiva de contractació pública com la LCSP i la jurisprudència associada han volgut reconèixer una especialitat en la provisió de serveis socials o serveis a les persones però, com especialitat que és, no resulta adient fer una interpretació extensiva de la mateixa i aplicar-la a altres categories de necessitats públiques diferents als serveis a les persones, com en el cas que ens ocupa, necessitats constructives o d'edificació.

Aprofundint en aquesta línia, si bé la raó de ser de l'acció concertada per a la prestació de serveis socials es fonamenta amb les especials i idònies característiques d'aquests operadors per a la prestació dels serveis a les persones, aquesta consideració no sembla que sigui automàticament extrapolable per al cas de la construcció d'edificacions i/o instal·lacions. Així, resulta evident que la qualitat, l'expertesa o l'habilitat per les quals es considera que aquestes entitats són especialment competents per prestar serveis a les persones no implica que hagin de predicar-se en relació a l'activitat constructiva.

Per aquest motiu, en termes de funcionament de mercat, és necessari que les obres d'edificació vinculades a la prestació de serveis socials es mantinguin plenament subjectes a la normativa de contractació pública, sense que els resulti d'aplicació les especialitats vinculades a la provisió de serveis a les persones, restant així induïda i plenament sotmeses a la LCSP.

3. Conclusions

Primera.- Tot i reconèixer que la provisió de serveis socials pot efectuar-se mitjançant instruments de naturalesa no contractual, l'ACCO considera que els mecanismes previstos al nostre sistema de contractació pública, basats en la concurrència i la lliure competència entre operadors, no són incompatibles amb una provisió satisfactòria dels serveis socials. En aquest sentit, els procediments de licitació pública de serveis socials poden dissenyar-se de manera que compleixin amb els principis de qualitat, continuïtat assistencial, accessibilitat, assequibilitat, disponibilitat i exhaustivitat, tot això en atenció a l'especial naturalesa i transcendència per a la nostra societat de les prestacions que engloben aquesta tipologia de serveis.

Segona.- Tanmateix, l'avantprojecte de llei d'instruments de provisió del Sistema Públic de Serveis Socials opta per atorgar una preferència als mecanismes d'acció concertada, en detriment de la normativa de contractació pública (article 12). En aquest sentit, l'ACCO recomana que el recurs a una o altra modalitat de provisió (via l'acció concertada o via la contractació pública) sigui el resultat d'una anàlisi detallada de les necessitats de provisió en cada cas concret i dels diversos instruments a l'abast de l'administració responsable, és a dir, sense una preferència preestablerta.

Tercera.- Pel que fa la preferència de les entitats d'iniciativa social per a la subscripció d'acords d'acció concertada (articles 13.4 i 21.4), l'ACCO recomana, de nou, una valoració, cas a cas, i que es justifiqui de manera adequada per part de l'administració responsable de la provisió del concret servei social l'opció escollida.

Quarta.- El procediment de provisió per acord directe (article 24) impedeix la participació o concurrència de les entitats i anul·la la competència pel mercat que seria desitjable que es produís entre les diferents entitats de serveis socials interessades en esdevenir proveïdores de la XSSAP, les quals, totes elles, han estat prèviament autoritzades i acreditades, de conformitat amb la Llei 12/2007. Per tant, recomana que s'elimini la possibilitat d'acordar directament la provisió dels serveis socials a una determinada entitat de serveis socials o, en el seu defecte, definir de manera més estricta els supòsits en els quals és pot recórrer a aquest mecanisme, els quals haurien de ser objecte d'una justificació detallada en cada cas concret i sempre com a última ràtio.

D'altra banda, per la restricció addicional a la concurrència que comporta, l'ACCO també recomana la supressió de la reserva establerta amb caràcter general a favor de les entitats d'iniciativa social en els procediments de provisió per acord directe.

Cinquena.- Respecte els criteris d'assignació dels serveis objecte d'acció concertada, l'ACCO recomana la revisió d'alguns d'aquests criteris, continguts a l'article 21 de l'avantprojecte de llei, en la línia del què s'ha indicat en aquest informe. Com a regla general, cal que els criteris, tant els generals com els que s'estableixin via reglament o en cada convocatòria, no siguin discriminatoris, es trobin justificats en base a raons d'interès general o objectius legítims i siguin proporcionats per a l'assoliment d'aquest objectiu, al mateix temps que cal que estiguin directament relacionats o vinculats amb l'objecte i la qualitat de la prestació del concret servei social.

Sisena.- Així mateix, l'ACCO considera que la reserva del *bo d'impacte social* a favor d'una determinada categoria d'entitats –les d'iniciativa social- no resulta suficientment justificada en termes de política de competència i de funcionament de mercat. Per tant, en recomana la supressió de tal reserva.

Setena.- Finalment, l'ACCO recomana la revisió de certs aspectes en relació a l'objecte de l'acció concertada. D'una banda, suggereix que, a fi promoure la participació de les entitats de petites dimensions, s'estableixi, per defecte, la norma de divisió en lots de l'objecte de l'acció concertada (article 15.3); i de l'altra, que les obres d'edificació vinculades a la prestació de serveis socials es mantinguin plenament subjectes a la LCSP, de manera que no puguin ser objecte de cap de les modalitats d'acció concertada (article 15.4).

Barcelona, (vegeu la data de la signatura electrònica)

Signat digitalment per Susanna

Grau Arnau - DN [REDACTED] (TCAT)

Data: 2024.02.09 14:34:35 +01'00'

Susanna Grau i Arnau
Directora general