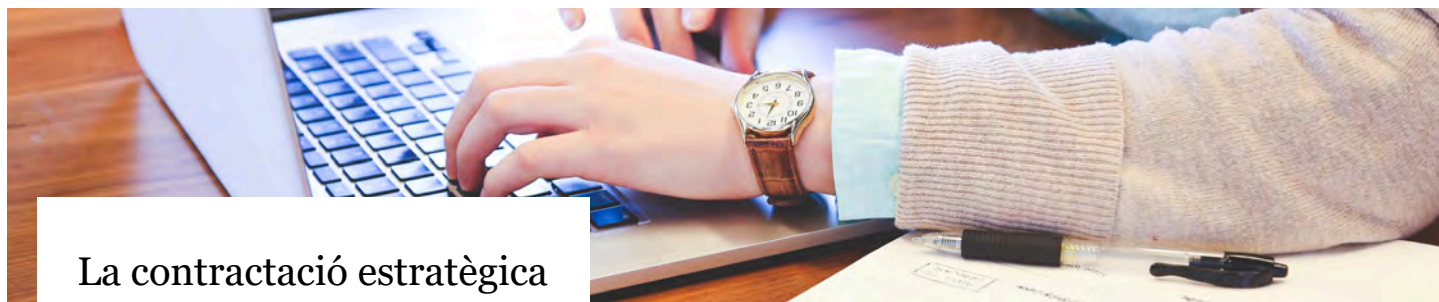


EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



La contractació estratègica

09-03-2018

Amb l'aprovació de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer, sobre contractació pública, Europa ja va apostar per una visió estratègica de la contractació pública, allunyant-nos de la convicció que l'oferta més barata és sempre la millor oferta i apropant-nos a conceptes com l'oferta econòmicament més avantatjosa. Actualment les noves polítiques de contractació pública van encaminades a fer un ús estratègic de la contractació, a valorar la qualitat en la selecció de proveïdors, i no només el preu, i a incorporar criteris socials, ambientals i d'innovació en tota compra pública.

Una de les novetats que ens porta la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), és un canvi de filosofia en el sentit de deixar de veure els contractes públics com una despesa per passar a veure'ls com una inversió. Aquesta nova mentalitat és la causa que fa que a partir d'ara sigui necessària una estratègia per dur a terme aquesta inversió, i això ens condueix a parlar de contractació pública estratègica.

Així mateix, s'ha de tenir present que un percentatge molt elevat del pressupost de qualsevol Administració Pública catalana va destinat a l'adquisició de béns, serveis o obres, i aquesta importància quantitativa de la compra pública ha de ser aprofitada i s'ha d'utilitzar per anar més enllà i deixar d'entendre la contractació pública només com l'adquisició d'un bé o d'un servei, sinó també com una eina per assolir determinades polítiques públiques i així satisfer necessitats que pugui tenir la societat.

En aquest sentit, la LCSP vol donar compliment a aquestes exigències europees i reorientar la contractació pública perquè sigui una eina per planificar i dissenyar la inversió de manera que cobreixi al mateix temps les necessitats que pugui tenir l'Administració i les demandes de la societat; per fer-ho la llei inclou una sèrie de mesures ambientals i socials, per al foment de la innovació i per al foment de la petita i mitjana empresa. D'aquesta manera, haurem de deixar enrere la concepció que el preu més baix sempre és el més beneficiós per a l'Administració per passar a valorar la contractació pública com un instrument per aconseguir un creixement intel·ligent, sostenible i innovador, amb vista a rendibilitzar la despesa per assolir objectius socials comuns.

En relació amb aquesta contractació estratègica, les principals mesures a destacar que adopta la nova llei són les següents:

1. Programació de la contractació

A partir d'ara, si hem d'entendre la contractació com una eina per invertir en polítiques públiques, canalitzar els fons públics i aconseguir satisfer necessitats d'interès general, ha de ser un requisit indispensable planificar i programar la contractació pública i d'aquesta manera evitar una mala gestió que desemboqui en la contractació de coses que no necessitem.

La LCSP, com ja feia el text refós de la Llei de contractes del sector públic aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (TRLCSLP), continua advertint que els ens públics únicament han de celebrar contractes que siguin necessaris per complir i realitzar els seus fins i que abans d'iniciar un procediment d'adjudicació s'han de determinar amb precisió quines són les necessitats que es tenen i es pretenen cobrir mitjançant la celebració del contracte, així com la idoneïtat del seu objecte i contingut per satisfer-les (art. 28.1).

Ara, per primera vegada en la legislació contractual, s'inclou l'obligació per a totes les entitats del sector públic de programar l'activitat de contractació pública que desenvoluparan en un exercici pressupostari o en períodes plurianuals, i han de donar a conèixer el seu pla de contractació anticipadament mitjançant un anunci d'informació prèvia que almenys reculli els contractes subjectes a regulació harmonitzada (art. 28.4).

És important fer aquest exercici previ d'anàlisi per poder dissenyar adequadament la programació contractual, preveure quines opcions haurem d'implantar mitjançant la contractació i establir les mesures que considerem prioritàries en funció dels nostres objectius.

2. Mesures socials, ambientals i de foment de la innovació

La LCSP regula la incorporació de mesures socials, ambientals i d'innovació de manera transversal al llarg de tot el procediment de contractació. En primer lloc, ja en la mateixa definició de l'objecte del contracte, la llei disposa que s'han de tenir en compte les consideracions socials, ambientals i d'innovació (art. 35.1.c). També en relació amb la capacitat de l'empresari per contractar, trobem prohibicions de contractar que deriven de sancions en matèria ambiental i en matèria social, com la integració laboral, la igualtat d'oportunitats, la no discriminació de persones amb discapacitat i l'incompliment del requisit de tenir un mínim d'un 2% de la plantilla d'empleats amb discapacitat a les empreses que tenen més de 50 treballadors, a més d'incorporar com a nova prohibició de contractar l'incompliment a les empreses de més de 250 treballadors de l'obligació de tenir un pla d'igualtat.

Pel que fa a la solvència, la nova llei permet exigir als contractistes determinats requisits relatius a la seva organització, destí dels beneficis, sistema de finançament i d'altres, si així ho estableix una norma (art.65.1). Així mateix, estableix que en els plecs de clàusules administratives particulars s'incloguin criteris de solvència i adjudicació del contracte, i les consideracions socials, laborals i ambientals que, com a criteris de solvència, d'adjudicació o com a condicions especials d'execució, s'estableixin (art. 122.2).

La possibilitat d'incorporar aquests tipus de mesures com a criteris d'adjudicació és un dels grans canvis que ens porta la LCSP pel que fa a la contractació estratègica, ja que aquesta inclusió de clàusules socials com a criteri de valoració sempre ha tingut reaccions adverses i tant els poders

adjudicadors com els licitadors han estat discordants en la seva utilització, dubtant fins i tot de la seva legalitat. Ara, l'article 145 de la LCSP permet incorporar-los sempre que estiguin vinculats a l'objecte del contracte, i per primera vegada es defineix en una llei de contractes quan un criteri d'adjudicació s'entén que està vinculat a l'objecte del contracte (art. 145.6).

La llei ens imposa l'obligació de valorar les ofertes utilitzant una pluralitat de criteris sobre la base de la millor qualitat-preu. Per tant, diferencia, d'una banda, els criteris qualitius que són els que ens donaran més qualitat i és on haurem d'incloure els aspectes ambientals i/o socials que considerem i, de l'altra, els criteris econòmics, que poden ser el preu o altres criteris basats en la rendibilitat que ens portaran a calcular el cost del cicle de vida dels productes, obres o serveis; darrere d'aquest cicle de vida també s'hi inclouen criteris ambientals, que es tindran en compte per determinar-ne el cost. També per primera vegada una llei de contractes defineix què és el cicle de vida i com es calcula (art. 148).

Sobre els criteris de desempat, la llei també estableix que, si no s'han inclòs als plecs, s'han d'aplicar uns determinats criteris socials per resoldre l'empat entre dues o més ofertes, com ara l'empresa amb un percentatge més elevat de treballadors discapacitats, l'empresa amb un percentatge més elevat de dones en plantilla, etc. (art. 147).

Pel que fa a les condicions d'execució, la llei dedica un article sencer, el 202, a les condicions especials d'execució del contracte de caràcter social, ètic o ambiental, i obliga els òrgans de contractació a incloure al plec de clàusules administratives particulars com a mínim una de les condicions especials d'execució relacionades amb la innovació, de tipus ambiental o de tipus social. A més, als plecs es poden establir penalitats per si aquestes condicions s'incompleixen o per atribuir-los el caràcter d'obligacions contractuals essencials per poder ser causa de resolució contractual.

Específicament, en l'àmbit de la innovació, la LCSP vol afavorir les empreses més innovadores; cal destacar la introducció del nou procediment d'associació per a la innovació, el qual s'ha establert expressament per als casos que resulti necessari realitzar activitats de recerca i desenvolupament respecte d'obres, productes o serveis innovadors perquè posteriorment ho adquireixi l'Administració. Es tracta, per tant, de supòsits en què les solucions disponibles al mercat no satisfan les necessitats de l'òrgan de contractació.

La nova Llei de contractes continua apostant per la contractació reservada, pràcticament de la mateixa manera que ja ho feia el TRLCSP (disposició addicional 4).

3. Foment de la petita i mitjana empresa

La LCSP, seguint les pautes que marca la Directiva de contractació del 2014, vol fomentar la participació en la contractació pública de les petites i mitjanes empreses (pimes) i amb aquesta finalitat estableix una sèrie de mesures per afavorir-les, com ara el sistema de lots, les millores en la subcontractació i la simplificació en la presentació de documentació.

En primer lloc, la llei estableix que el sistema ordinari de contractació ha de ser en lots i, en el supòsit que no es divideixi el contracte, s'ha de justificar a l'expedient considerant com a motius vàlids per a la no lotització que l'objecte o la naturalesa del contracte no ho permeti, que

restringeixi injustificadament la competència o que dificulti tècnicament la correcta execució del contracte, i també es possibilita limitar el nombre de lots a adjudicar a una mateixa empresa o a presentar-se (art. 99).

Així mateix, en matèria de subcontractació i per contribuir a la promoció de les pimes, la llei obliga l'òrgan de contractació en els contractes que més freqüentment recorren a la subcontractació, com ara les d'obres i serveis d'un determinat import que hagi de comprovar el compliment estricte dels pagaments que el contractista principal fa al subcontractista, i és més rigorosa en els terminis de pagament que han de complir tant l'Administració com el contractista principal, per evitar la morositat i complir la Directiva 2011/7/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 16 de febrer de 2011, per la qual s'estableixen mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials. Es prohibeix fins i tot que els subcontractistes renunciïn als drets de cobrament i a la resta de drets establerts a la llei i, com a gran novetat en matèria de subcontractació en el nostre règim de contractació pública, es permet que l'Administració, si així ho disposen els plecs, pagui directament als subcontractistes (art. 215 i disposició addicional 51).

De la mateixa manera, per facilitar la concurrència de les pimes a les licitacions, es redueixen les càrregues administratives i els licitadors ja no han d'acreditar el compliment de la seva capacitat i solvència en el moment de presentar-se a la licitació, sinó que únicament han de fer una declaració responsable, el contingut de la qual ha d'incloure el que estableix la nova Directiva de contractació i ha de ser coherent amb el formulari del document europeu únic de contractació. En el moment que ja siguin adjudicataris, han de presentar la documentació acreditativa pertinent.

Aquestes són les diferents mesures d'aquesta nova contractació pública que presenta la Llei de contractes del sector públic, que han de ser útils per canviar el model de contractació pública que teníem fins ara. Cal insistir en aquest nou enfocament estratègic de la compra pública, que obliga a reflexionar i a anar molt més enllà del *què vull comprar o quin serveis necessito*, per portar-nos a reflexionar sobre quina política pública podem assolir servint-nos del contracte que necessitem celebrar.

Abandonem, doncs, aquesta visió pressupostària de la contractació pública per reorientar-la cap a una perspectiva instrumental d'implantació de polítiques públiques que, conseqüentment, ens condueix a la necessitat de reforçar la planificació i contractar amb estratègia; d'aquesta manera, amb una mateixa despesa, assolirem molt més.



Èlia Vilaseca Arqués

Responsable del programa temporal de seguiment de l'Estratègia catalana de millora de la compra pública