

EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



Les consultes preliminars del mercat

25-07-2018

Prèviament a licitar un contracte, l'òrgan de contractació efectua una consulta preliminar del mercat (CPM), que és una investigació del mercat que li servirà per preparar correctament aquesta licitació i, a la vegada, és útil per als operadors econòmics que hi participin, ja que obtindran informació referent als plans de contractació que té l'entitat contractant i als requisits que s'exigiran per concórrer al procediment que posteriorment es convoqui.

Abans de llançar un procediment de licitació, els compradors públics poden participar amb els possibles futurs proveïdors en una CPM, per iniciar un diàleg tècnic d'intercanvi que serveixi per obtenir dades reals sobre quin és el mercat en el sector que els interessa contractar, quines són les capacitats dels proveïdors actuals i quina és l'evolució dels preus. A més, es poden consultar opinions d'experts provinents d'autoritats independents. D'altra banda, el mercat obté informació sobre què necessita i què busca el comprador públic i com plantejarà la futura adquisició, d'aquesta manera els futurs licitadors poden preparar de manera més acurada la seva oferta.

L'informe 19/2014 de la Junta Consultiva de Contractació de la Generalitat de Catalunya ja establia que aquestes consultes constitueixen un mecanisme recomanable adreçat a la consecució de contractacions públiques més eficaces i eficients, com a peça fonamental d'una planificació i preparació adequades dels procediments de contractació pública. Així mateix, també són un instrument de facilitació de l'accés de les pimes a aquests procediments, en la mesura que possibiliten que preparin la seva participació en la licitació corresponent.

La LCSP, transposant la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública, incorpora a l'ordenament jurídic les CPM mitjançant l'article 115, que estableix que els òrgans de contractació poden elaborar estudis de mercat i adreçar consultes als operadors econòmics que hi estiguin actius amb l'objectiu de preparar correctament la licitació i informar els citats operadors econòmics sobre els seus plans i els requisits que es requereixen per accedir al procediment.

La redacció de l'article 115 és confosa i pot generar dubtes, ja que sembla que barreja dues qüestions diferenciades, com són la CPM i l'assessorament de tercers, el qual, d'altra banda, està regulat a l'article 70 de la LCSP. Tampoc s'estableix quin és el procediment a seguir ni quina metodologia s'ha d'emprar per fer la CPM, la qual cosa comporta que els òrgans de contractació tinguin dubtes a l'hora de dissenyar la CPM.

El que sí que s'extreu de l'article és el respecte als principis de publicitat, transparència, no discriminació i lliure competència que s'ha de mantenir durant tota la consulta.

És cert que els òrgans de contractació sempre han consultat el mercat quan han necessitat obtenir informació, però fins ara, en no existir cap regulació, normalment ho han fet de manera opaca i discreta, i sovint infringint principis com la transparència i la lliure concurrència. Ara, amb la nova LCSP, disposem d'unes mínimes pistes que poden ajudar a saber quin és el camí a seguir per fer una CPM que respecti els principis de contractació pública. Les CPM també són una oportunitat per deixar d'actuar com sempre i utilitzar-les com al·licient per canviar la nostra manera de contractar.

Per tant, la CPM s'ha de fer de manera transparent i pública i amb les prevencions necessàries per evitar que, del procés de consultes, en resultin vulnerats els principis de transparència, d'igualtat de tracte i de lliure concurrència.

Quan pot ser necessari efectuar una CPM?

El fet que la LCSP estableixi aquesta possibilitat de diàleg amb el mercat no vol dir que a partir d'ara s'hagin de fer aquestes CPM abans de qualsevol licitació que es vulgui engegar, ja que en la majoria de contractes no cal consultar els operadors econòmics perquè l'òrgan de contractació ja disposa de la informació necessària per preparar la licitació.

Que l'òrgan de contractació no tingui els coneixements suficients sobre el contracte que ha de licitar, comporta que l'objecte no es pot determinar correctament, que el preu establert sigui inadequat, que no es defineixin de manera precisa i concreta els criteris d'adjudicació i que tot això acabi desembocant en males execucions que no s'ajustaran a les necessitats de l'òrgan de contractació i comportaran futures modificacions contractuals, sovint de dubtosa legalitat, i en definitiva s'acabaran infringint els principis rectors de la contractació pública. Conseqüentment, en aquests supòsits la CPM resulta un instrument essencial per garantir l'èxit de la compra pública.

També pot ser convenient utilitzar la CPM quan l'òrgan de contractació necessiti avaluar si la licitació que està pensant dur a terme és factible des del punt de vista tècnic i/o financer i si és operativa atenent a l'estructura del mercat actual.

La utilitat de les CPM és més evident quan estem davant d'una compra pública d'innovació que obliga a tenir uns coneixements tècnics difícils de reunir en un comprador públic, que normalment desconeix en quin nivell tecnològic es troba el mercat i si els proveïdors estan capacitats per oferir el que es necessita adquirir en el moment actual. Les CPM són especialment recomanables per a contractes complexos que requereixen una preparació important, com ara quan es busca una solució innovadora. Així, en aquest àmbit utilitzar la possibilitat que disposa l'article 115 de la LCSP i fer una consulta preliminar al mercat, es converteix en una necessitat per poder investigar les solucions disponibles al mercat.

Quines dades es poden obtenir de la CPM?

En la CPM es poden sol·licitar als participants totes les dades que es considerin indispensables per elaborar la licitació. Es poden sol·licitar, entre d'altres, les dades necessàries per poder:

- Determinar si hi ha un nombre suficient d'empreses al mercat que puguin satisfer la prestació i si quedarà garantida la competència.
- Determinar si les empreses existents actualment podrien satisfer les prestacions que es demanaran en la licitació.
- Determinar si existeix una solució comercial a la demanda i si aquesta ja està disponible.
- Determinar-ne el preu màxim.

Amb aquesta recopilació de dades tindrem més informació per escollir quin procediment és el més adequat per adjudicar el contracte i podrem elaborar uns plecs molt més precisos.

Quin procediment s'ha de seguir per fer la CPM?

Ha de quedar clar que les CPM s'han de fer en el marc d'un procediment transparent i públic que no ha de limitar la concurrència, i la no participació en la consulta no pot comportar cap desavantatge per als futurs licitadors en el procediment.

Tot i que l'article 115 de la LCSP no estableix res amb relació al procediment ni a la metodologia que s'ha de seguir, es pot consultar la "[Guia](#) per a autoritats públiques sobre la contractació pública d'innovació", editada per la Comissió Europea, que estableix diferents fases a tenir en compte dins del procés de la CPM i també l'[informe](#) elaborat per la Direcció General de Contractació Pública sobre les CPM.

En primer lloc, hi ha d'haver una primera fase interna en què s'ha de decidir quin serà l'àmbit de la consulta, quines necessitats té l'òrgan de contractació i, sobretot, a quin sector del mercat anirà dirigida (fabricants, investigadors, tercer sector, tipus d'empresa, etc.). Com més acurades siguin aquestes premisses més possibilitats tindrem d'obtenir realment les dades que necessitem i que la CPM es porti a terme amb èxit.

Un cop decidit l'àmbit, escollirem el format de la consulta -la manera de fer-la hauria de ser la que impliqui com més operadors millor. El contacte amb les empreses es pot establir, entre d'altres, de les maneres següents:

- Per escrit: generalment en forma de qüestionari, enquesta o formulari.
- Per contacte telefònic: entrevistes telefòniques basades en preguntes establertes.
- Per web: crear una plataforma en línia específica per a la consulta.
- Per contacte presencial: jornades o presentacions.

És important que els destinataris de la CPM tinguin clar el procediment que se seguirà i quines són les dades que l'òrgan de contractació espera obtenir de les seves aportacions. Per això, es recomana que la metodologia emprada sigui mitjançant qüestionaris o formularis ja preestablerts per l'òrgan de contractació i que les empreses només hagin d'omplir el que se'ls demana, més que no pas exigir la presentació d'una memòria més lliure i menys acotada, ja que en aquest cas correm el risc que els participants no ens aportin la informació que necessitem.

Ha de quedar clar que, del bon disseny de la CPM, en depèn l'èxit, ja que equivocar-se en l'àmbit de la consulta, en el format o en les preguntes adreçades als participants, farà que no obtinguem la informació que necessitem i que la CPM s'hagi fet en va.

A més, com més concrets i clars sigui el procediment i el contingut, més segurs se sentiran els operadors del mercat per participar-hi.

Què s'ha de fer amb els resultats obtinguts de la CPM?

Tots els resultats obtinguts en la CPM han de quedar documentats de manera transparent. L'article 115 estableix que, un cop acabada la consulta, s'ha d'elaborar un informe amb totes les actuacions realitzades que inclogui des dels participants que han intervingut, les qüestions formulades, les respostes a aquestes, els estudis elaborats, etc., i aquest informe s'ha de publicar al perfil de contractant de l'òrgan de contractació. A més, l'informe formarà part de l'expedient de contractació en cas d'una licitació posterior i estarà subjecte a les mateixes obligacions de publicitat que els plecs de clàusules.

És important tenir en compte que, de les CPM realitzades, mai no en pot resultar un objecte contractual tan concret i delimitat que únicament s'ajusti a les característiques tècniques d'un dels consultats.

Un cop acabada la CPM, l'òrgan de contractació no està obligat a licitar el contracte, ja que podria ser que els resultats de la consulta ens mostressin la inviabilitat de la licitació pretesa, bé per presentar uns costos molt elevats o bé perquè el mercat encara està molt allunyat de poder presentar un producte que cobreixi les necessitats presentades.

Si un cop realitzada la CPM l'òrgan de contractació licita el contracte, s'han de tenir en compte els resultats obtinguts en la consulta per elaborar els plecs i, en cas de no tenir-los en compte, s'han d'explicar els motius en l'informe final.

La confidencialitat en les CPM

Un aspecte fonamental en la CPM és la confidencialitat. L'article 115 de la LCSP estableix que en cap cas durant el procés de consultes l'òrgan de contractació pot revelar als participants les solucions proposades pels altres participants, les quals solament coneix l'òrgan de contractació.

Aquest precepte s'ha de tenir en compte en concordança amb l'article 133 de la LCP. Entenem que l'òrgan de contractació pot divulgar les solucions i la definició de les especificacions dels projectes, però no pot revelar cap informació tècnica o comercial que hagi estat facilitada pels participants i aquests hagin designat com a confidencial.

Han de ser els participants els qui identifiquin la documentació o la informació tècnica o comercial que consideren que té caràcter confidencial, i no és admissible una declaració genèrica o que declarin que tota la informació que aporten és confidencial (vegeu amb relació a la confidencialitat l'informe elaborat per la Direcció General de Contractació Pública

http://exteriors.gencat.cat/web/ca/ambits-daactuacio/contractacio-publica/direccio-general-de-contractacio-publica-/content/osacp/regulacio_i_criteris_contractacio/informes_llei_contractacio/confidencialitat-LCSP2017.pdf).

Per donar més seguretat jurídica, es recomana incloure a la documentació de la CPM alguna clàusula que destaquí que l'òrgan de contractació divulgarà les solucions presentades per tots els operadors econòmics i els resultats de la consulta, i no difondrà la informació tècnica o comercial facilitada que els participants hagin designat com a confidencial.

Problemes i inconvenients de les CPM

Les CPM encara que, com hem vist, són una eina útil per als òrgans de contractació, també tenen algunes contrapartides com són el cost del procediment, el temps afegit a la preparació de la licitació i la seva complexitat, atès que molts cops el personal intern que prepara la licitació no té la capacitat ni els coneixements per poder configurar un procés d'aquesta magnitud, que pot requerir eines informàtiques o altres requisits administratius per garantir-ne la transparència i la igualtat de tracte de què, *a priori*, l'ens contractant no disposa.

Un altre problema que presenta la CPM és la dificultat d'aconseguir la participació del màxim nombre de proveïdors del sector al qual ens interessa arribar, ja que en ser una eina nova moltes vegades els operadors econòmics desconfien que quedi garantida la confidencialitat de les seves aportacions. Per resoldre aquesta manca de participació, és important que el disseny de la consulta sigui molt detallat i s'expliqui molt bé com seran tractades les dades que els participants designin com a confidencials i quina protecció se'ls donarà davant la transparència del procediment, per donar seguretat a les empreses per participar-hi.

Conclusions

La CPM és un diàleg tècnic amb el mercat, i és essencial per al bon funcionament i resultat que es compleixi el següent:

- Prèviament l'òrgan de contractació ha d'identificar de manera clara i precisa les necessitats que té i que vol cobrir amb la futura licitació.
- S'ha de fer una àmplia i correcta difusió de la CPM al sector al qual interessa arribar, perquè el mercat entengui quina és la necessitat que té el comprador públic i pugui oferir-li solucions òptimes.
- La CPM s'ha de publicar al perfil de contractant ubicat a la Plataforma de Serveis de Contractació Pública de la Generalitat de Catalunya. Cal donar tota la informació qui sigui possible: indicar clarament l'objecte de la CPM, quins tercers poden participar-hi, la data d'inici de la consulta, la metodologia emprada, les fases, etc.
- Durant tota la consulta s'ha de respectar el principi de transparència. En aquest sentit, qualsevol informació proporcionada per l'òrgan de contractació durant el procediment ha de ser facilitada a tots els potencials proveïdors, de la mateixa manera que s'ha de difondre la informació que els operadors econòmics facilitin a l'entitat contractant, sens perjudici de les garanties de confidencialitat que s'han de concedir per donar seguretat i fomentar la participació dels potencials licitadors.
- De les consultes realitzades, no en pot resultar un objecte contractual tan concret i delimitat que únicament s'ajusti a les característiques tècniques d'un dels participants.
- Cal elaborar un informe final motivat, que formarà part de l'expedient de contractació, amb totes les actuacions realitzades, que també s'ha de publicar al perfil del contractant i està subjecte a les mateixes obligacions de publicitat que els plecs de condicions.
- L'òrgan de contractació, posteriorment a la realització de la consulta, no està obligat a licitar el contracte, però en cas de fer-ho ha de tenir en compte, als plecs de clàusules que elabori, els resultats obtinguts a la consulta, i si no es fa així cal motivar-ho a l'informe final.

Les CPM són una peça clau en la compra pública d'innovació quan el comprador públic vol adquirir un producte o servei amb unes especificitats funcionals i tècniques complexes, que no existeix en el mercat i/o que requereix desenvolupament d'R+D.

A més, també s'han de considerar com una eina més de lluita contra la corrupció, ja que fins ara els òrgans de contractació consultaven el mercat amb una discrecionalitat que podia fer augmentar els riscos d'atorgar avantatges a algun operador econòmic consultat. En canvi, ara és imperatiu fer aquestes consultes respectant el principi de transparència i donant publicitat a tot el procés sense que, en cap cas, les consultes realitzades puguin comportar avantatges per a les empreses participants respecte de l'adjudicació del contracte. De la mateixa manera, la CPM ens ha de servir per eliminar el problema de la indeterminació en els plecs de clàusules, causant de males execucions i posteriors modificacions contractuals, moltes vegades d'una regularitat dubtosa.

Així doncs, quan s'utilitzen de manera adequada, les CPM són una eina important per dissenyar adquisicions complexes que necessiten intercanvi d'informació amb proveïdors, i permeten a l'òrgan de contractació tenir un canal de comunicació transparent i efectiu amb els operadors econòmics per aconseguir dur a terme una compra més efectiva.



Èlia Vilaseca Arqués

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