

EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



L'expedient de contractació: aspectes a justificar

17-10-2018

La celebració de contractes per part del sector públic requereix la tramitació prèvia de l'expedient corresponent. La regulació i el contingut d'aquest expedient són regulats en els articles 116 i següents de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), 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 de 2014.

En aquesta entrada analitzarem els aspectes que cal justificar a l'expedient, mitjançant la memòria justificativa del contracte (informe justificatiu en el cas dels contractes menors -art. 118 de la LCSP-), i que ara la normativa sobre contractes recull de manera més àmplia i sistemàtica en l'article 116.4 de la LCSP.

Necessitat i idoneïtat del contracte i eficiència en la contractació

L'article 28 de la LCSP fa referència a la necessitat i la idoneïtat del contracte, així com a l'eficiència en la contractació, i estableix que les entitats del sector públic només poden subscriure els contractes que siguin necessaris per complir i dur a terme els seus fins institucionals. La naturalesa i l'extensió de les necessitats a les quals es vol donar cobertura mitjançant el contracte projectat i la idoneïtat del seu objecte i contingut per satisfer-les, s'han de determinar amb precisió, i se n'ha de deixar constància en la documentació preparatòria, abans d'iniciar el procediment d'adjudicació.

Per tant, l'inici de qualsevol procediment de contractació requereix una anàlisi prèvia de la necessitat real existent, que implica una valoració sobre si es disposen o no de mitjans personals i/o materials propis per cobrir-la, l'oportunitat de dur a terme la contractació projectada, i una valoració dels resultats o beneficis esperats.

Aquesta anàlisi prèvia ens permetrà disposar de la informació necessària per donar compliment a l'obligació legal de justificar amb claredat en la documentació que dona inici al procediment de licitació (memòria justificativa del contracte) la necessitat i la idoneïtat de la contractació

projectada. És important tenir en compte que la memòria justificativa del contracte, on s'ha de justificar la necessitat del contracte, s'ha de publicar en el perfil de contractant allotjat a la Plataforma de Serveis de Contractació Pública (art. 63.3.a de la LCSP).

El procediment de licitació

Primer de tot, l'article 116.4 de la LCSP disposa que cal justificar a l'expedient l'elecció del procediment de licitació. Aquest és un aspecte que sempre cal justificar, si bé la justificació té una rellevància especial quan el procediment escollit restringeixi la concurrència, és a dir, en el cas del procediment restringit, del procediment negociat o en la contractació menor; a més, en aquests supòsits, també cal justificar a la memòria la concurrència dels requisits legals necessaris per poder utilitzar un d'aquests procediments.

La classificació que s'exigeix als participants i els criteris de solvència tècnica o professional, i econòmica i financera

L'article 116.4 de la LCSP també estableix la necessitat de justificar en l'expedient la classificació que s'exigeixi als participants. Per tant, en els supòsits legals en els quals es pugui exigir als licitadors que estiguin classificats (art. 77 de la LCSP), cal incorporar a la memòria la justificació de la classificació concreta exigida per a aquell contracte, que ha de ser proporcional a l'objecte del contracte per no restringir la concurrència.

Igualment, la LCSP obliga a justificar la solvència tècnica o professional i econòmica i financera que s'exigeix als licitadors en aquella contractació. Aquesta exigència obliga les unitats proposants i els òrgans de contractació a fer una reflexió prèvia, ja que la solvència requerida pot comportar una limitació de la concurrència que cal tenir present, però també ha de ser necessària i suficient per garantir una correcta execució del contracte per part de l'adjudicatari. En qualsevol cas, els requisits de solvència i els mitjans d'acreditació han d'estar vinculats a l'objecte del contracte i ser proporcionals. A aquest efecte, cal destacar, entre moltes altres, la Sentència de 26 de març de 2018 del Tribunal Superior de Justícia d'Astúries, que estima el recurs interposat ja que considera que “[...] els nivells mínims de solvència que poden ser establerts per l'òrgan de contractació, han de tenir un respecte absolut pel principi de proporcionalitat, de manera que no s'han d'exigir nivells mínims de solvència que no observin l'adequada proporció amb la complexitat tècnica del contracte i amb la seva dimensió econòmica, sense oblidar que aquests han d'estar vinculats a l'objecte del contracte, i en el cas enjudiciat resulta desproporcionada i suposa una exclusió injustificada l'experiència exigida, que no respon a criteris objectius atenent a l'objecte contractual i les seves característiques d'execució. D'aquesta manera es vulneren els principis de lliure concurrència i igualtat, essencials en tota contractació administrativa [...]”.

Els criteris d'adjudicació

També s'ha de justificar a la memòria l'elecció dels criteris que s'han de tenir en consideració per adjudicar el contracte, que han de ser proporcionats i estar vinculats a l'objecte del contracte. A l'expedient s'ha de justificar perquè s'han triat aquests criteris en concret, sobre quin motiu i per què son necessaris en relació amb l'objecte del contracte. També cal reflectir que no són contraris al principi de lliure concurrència.

Les condicions especials d'execució

Respecte de les condicions especials d'execució del contracte, l'article 202 de la LCSP, quant a la seva motivació específica i en relació amb el que disposa l'article 145, estableix que en cal justificar la vinculació amb l'objecte del contracte, així com que no són directament o indirectament discriminatòries, i que són compatibles amb el dret comunitari.

Cal recordar que, d'acord amb l'article 202 de la LCSP, amb la nova regulació és obligatori que els plecs de clàusules administratives estableixin, com a mínim, una condició d'execució d'entre les que enumera l'apartat 2 d'aquest article, que fa referència a les condicions d'execució relacionades amb la innovació, les de tipus mediambiental i les de tipus social.

El valor estimat del contracte (VEC)

Respecte del VEC, l'article 116.4.d de la LCSP diu que cal indicar tots els conceptes que l'integren, incloent-hi sempre els costos laborals, si n'hi ha. La redacció d'aquest apartat estableix, amb tota claredat, que cal desglossar els conceptes que integren el VEC, incloent-hi el càlcul en els termes que estableix l'article 101.

L'informe d'insuficiència de mitjans en els contractes de serveis En el cas dels contractes de serveis, no és suficient una simple menció sobre el fet que l'òrgan de contractació, o una unitat del seu àmbit, no disposa del personal (mitjans personals) i/o dels equipaments, estris o eines (mitjans tècnics) necessaris per poder dur a terme l'objecte del contracte, sinó que cal acreditar-ho adequadament en la memòria justificativa del contracte.

La decisió de no dividir en lots l'objecte del contracte L'article 99 de la LCSP estableix que s'ha de disposar la realització independent de cadascuna de les parts del contracte mitjançant la divisió en lots, sempre que la seva naturalesa o l'objecte ho permetin. L'article 116.4.g estableix la necessitat de justificar en l'expedient la decisió de l'òrgan de contractació de no lotitzar el contracte, atès que, d'acord amb la nova regulació, la divisió en lots dels contractes ha passat a ser la regla general. Destaquem el darrer pronunciament del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (Resolució 181/2018, de 20 de setembre de 2018) que destaca que la regla general de la lotització dels contractes s'estén també respecte a la configuració dels lots mateixos, "[...] atès que el legislador comunitari no limita l'obligació de motivar la no divisió del contracte pel fet que s'hagi efectuat una determinada lotització. En efecte, el mandat de l'article 46 de la Directiva 2014/24/UE s'ha d'interpretar d'una manera funcional, de conformitat amb la finalitat que les noves directives de quarta generació pretenen assolir: afavorir la màxima concurrència intensificant la participació dels licitadors i facilitar la participació de les pimes. Per això, l'obligació de motivar la no divisió del contracte en lots ha d'abastar no només el contracte en si, sinó també els propis lots del contracte".

Tots aquests aspectes s'han de justificar degudament en l'expedient; hi ha una exigència de justificació i, per tant, no n'hi ha prou amb una mera menció, sinó que cal una motivació adequada i suficient que acrediti que la definició o l'elecció de cadascuna d'aquestes qüestions no s'ha efectuat de manera arbitrària o discriminatòria. A més, és importat tenir en compte que, d'acord amb l'article 63.3 de la LCSP, en el cas de la informació relativa als contractes, s'ha de publicar en el perfil de contractant, com a mínim, entre altra informació, la memòria justificativa del contracte, l'informe d'insuficiència de mitjans en el cas dels contractes de serveis, i la justificació del procediment utilitzat per adjudicar-los quan s'utilitzi un procediment diferent de l'obert o del restringit.



Rosa Maldonado Camats

Responsable jurídica de regulació i assessorament en contractació de la Direcció General de Contractació Pública, Departament d'Economia i Hisenda