

EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



Control d'execució en els contractes públics: eines per mantenir la qualitat de la prestació (part I)

20-04-2020

L'objectiu de la contractació pública amb l'entrada en vigor de la nova normativa contractual va deixar de ser únicament la mera adquisició de béns, serveis o obres per abastar altres objectius horitzontals, com ara el compliment de finalitats socials, ambientals, ètiques i laborals, entre d'altres. Amb aquest canvi també s'ha passat d'adquirir al preu més baix a adquirir a la millor qualitat-preu.

Sembla que tot això, a poc a poc, es va assimilant, i els poders públics cada vegada més encaminen la seva compra pública a assolir altres objectius estratègics i obtenir millores socials, i també hi ha més plecs que inclouen clàusules socials, ambientals i ètiques i que exigeixen comportaments immaculats a licitadors i adjudicataris.

Tot això és positiu, però s'ha de tenir present que de res ens servirà aquest canvi si només focalitzem els esforços en el procediment d'adjudicació, en redactar uns plecs que incorporin múltiples obligacions i clàusules socials i en identificar quina és la millor oferta en la relació qualitat-preu si després, un cop tenim adjudicat el contracte, ens despreocupem d'una correcta execució, ja que això conduirà a tenir contractes que no compliran els termes en els quals es van adjudicar i no podrem arribar a assolir el resultat d'haver obtingut la millor oferta en l'adjudicació. Conseqüentment, no només la prestació obtinguda no serà la que s'ha ofert i pretès, sinó que la compra realitzada deixarà de ser estratègica.

Dit això, potser hauríem de començar a repartir els esforços entre les diverses fases de la licitació sense deixar oblidada la fase d'execució del contracte.

Malgrat que la LCSP ens ofereix eines suficients per garantir aquest control i que de la fase d'execució del contracte depèn el compliment correcte i la satisfacció o no de la necessitat pública, què fa que deixem l'execució del contracte oblidada i sense control? Doncs, segurament, la falta de mitjans personals per fer aquest control, la manca de professionalització d'aquests pocs mitjans i tot això sumat a la inexistència de cultura de controlar la fase d'execució vigilant i reaccionant. Aquest control en l'execució, l'hauria de fer obligatòriament l'entitat pública contractant i també l'han de poder fer els interessats administrats.

Transparència durant l'execució del contracte

Una pràctica que ja es podria dur a terme sense necessitat de grans mitjans ni coneixements específics és la transparència de la fase d'execució.

Per a les primeres fases del procediment fins que té lloc l'adjudicació, tenim l'obligació de donar transparència a les actuacions, la qual cosa està força interioritzat, però la transparència en la contractació pública hauria de ser també transparència en l'execució de la prestació, ja que aquesta és crucial tant pel fet de veure limitada la possible discrecionalitat dels òrgans de contractació en l'execució, com perquè les persones interessades tinguin la possibilitat de verificar que realment el que s'ha pactat en l'adjudicació del contracte s'ha complert i, si no és així, poder-ne exigir el compliment.

Per tant, una manera de mantenir la integritat del contracte i evitar modificacions de legalitat dubtosa, incompliments sense penalitats, pròrrogues per retards imputables al contractista, o fins i tot subcontractacions contràries a la Llei, seria sotmetre tota la fase d'execució a les exigències de publicitat i transparència. De la mateixa manera que s'ha de donar publicitat al que es modifica i a les pròrrogues, s'haurien de publicar les revisions de preus, els acords de cessió, la cadena de subcontractacions, les penalitats imposades i les resolucions.

Ampliant les exigències de transparència en la fase d'execució, la vida del contracte estaria a l'abast de tothom i així s'augmentaria la capacitat de controlar-lo, es posarien traves que es produís una alteració de l'oferta i s'asseguraria una execució efectiva de la prestació en termini, qualitat i preu.

Recurs especial en matèria de contractació

Una altra qüestió que no ajuda a poder efectuar aquest control en l'execució és la configuració del recurs especial en matèria de contractació amb caràcter precontractual (només amb algunes excepcions taxades, com són les modificacions de contractes en determinats supòsits i quan el recurs es fonamenta en una causa de nul·litat). Les actuacions posteriors al moment en el qual acaba el procediment d'adjudicació no poden ser objecte de recurs especial i això disminueix la possibilitat de control de la fase d'execució.

Qui pot exercir un control de l'execució del contracte?

Segons la LCSP, tenen potestats per controlar l'execució del contracte:

1. La unitat encarregada del seguiment i l'execució ordinària
2. L'òrgan de contractació
3. El responsable del contracte.

1. La unitat encarregada del seguiment i l'execució ordinària

Aquesta unitat és una figura de control d'execució que, tot i no quedar clar quin és el paper que ha de tenir, la LCSP menciona en l'article 62, quan estableix l'obligació de designar un responsable del contracte, i ja no torna a aparèixer en cap altre article del text legal, per això és difícil concretar quines funcions hauria de dur a terme i qui ha de formar aquesta unitat.

El que sí que és clar en relació amb aquesta unitat de seguiment i control és el següent:

- L'obligació que aquesta unitat figuri als plecs de clàusules.
- La seva diferenciació clara de la figura del responsable del contracte, sense que hi hagi cap impediment perquè el responsable del contracte, tot i ser una figura independent, en el cas que sigui una persona física es pugui integrar dins d'aquesta unitat de seguiment.

Així ho va establir la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat en l'[Informe 28/2018](#): “A més de la unitat encarregada del seguiment de l'execució del contracte, és menester designar-ne expressament un responsable. [...] la llei permet que la persona designada estigui vinculada a l'entitat contractant i no prohibeix que estigui adscrita a la unitat que supervisa l'execució del contracte en termes generals.”

Atesa la poca regulació d'aquesta figura, hi ha un marge ampli per configurar-lo i poder-lo adaptar a les necessitats que en cada cas es vulgui assolir segons el contracte. Fins i tot una part de la doctrina ha considerat que aquesta unitat s'hauria de crear com una unitat administrativa especialitzada, amb personal format en matèria de contractació per poder ajudar el responsable del contracte a assegurar-ne una execució correcta.

A la pràctica, aquesta figura coincideix amb la unitat o l'àrea impulsora del contracte, i encara trobem molts plecs de clàusules que ni tan sols fan constar qui serà aquesta unitat de seguiment.

2. L'òrgan de contractació

L'òrgan de contractació és, sens dubte, qui assumeix la màxima responsabilitat en l'execució del contracte, ateses les àmplies potestats que li atribueix la LCSP, ja que té l'obligació de designar el responsable del contracte i definir quines facultats atribueix tant al responsable del contracte com a la unitat de seguiment. A més, té el deure de vigilància que li imposa la LCSP per controlar les obligacions ambientals, socials i laborals establertes (art. 201).

3. Responsable del contracte

Després d'aparèixer com una figura potestativa en la Llei 30/2007, de contractes del sector públic, i en el TRLCSP del 2011, la LCSP imposa l'obligació als òrgans de contractació de designar un responsable del contracte (art. 62).

Aquesta obligació és un gran encert de la nova legislació, però, després d'establir aquesta obligatorietat, es queda curta amb la poca regulació i concreció que es fa d'aquesta figura, tot i ser crucial. Només es menciona en cinc articles i en dos encara ens confon posant-ne en dubte el caràcter obligatori, concretament en els articles 194 i 311, en els quals s'estableix, respectivament, “[...] el responsable del contracte si s'ha designat” i “el responsable del contracte, en els casos en què s'hagi designat”. En relació amb aquesta contradicció, la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat es va pronunciar en l'Informe 28/2018, ja mencionat, i concretament va aclarir aquesta desafortunada redacció, i va assenyalar que la redacció d'aquests articles “no converteix tal designació en potestativa, sinó que es limita a establir la possibilitat que no s'hagi fet, que representaria un incompliment del mandat de l'article 62”.

La ubicació d'aquest article dins la LCSP (capítol I, “Òrgans de contractació”, títol II, “Parts del contracte”, llibre I, “Configuració general de la contractació del sector públic i elements estructurals dels contractes”), fa que entenguem que aquesta designació del responsable del contracte afecta tant els contractes administratius com els privats, sigui quina sigui l'entitat del sector públic que liciti, tingui la condició de poder adjudicador o no.

Hi ha dues especialitats concretes per a la figura del responsable del contracte recollides en la LCSP:

- Per als contractes d'obra, per aquests supòsits les facultats del responsable del contracte les ha d'exercitar el director o la directora facultatiu de l'obra (art. 62.2 i 237-246).

- Per als contractes de concessió d'obra i de serveis, cal designar una persona que actuï en defensa de l'interès general, per obtenir i verificar el compliment de les obligacions del concessionari, especialment quant a la qualitat en la prestació del servei o de l'obra (art. 62.3).

Qui pot ser responsable del contracte?

La figura del responsable del contracte pot ser una persona física o jurídica que estigui vinculada a l'entitat o aliena a aquesta, per tant, si no tenim mitjans suficients, hi ha la possibilitat d'externalitzar aquesta figura mitjançant un contracte de serveis.

El responsable del contracte, seguint les recomanacions de professionalització en la contractació pública que contínuament fa la Unió Europea, seria idoni que tingués els coneixements necessaris per poder exercir aquest control, i considero que així ho hauria d'haver establert la LCSP, i també n'hauria d'haver regulat la naturalesa (que podria tenir caràcter d'autoritat pública) per no limitar la seva capacitat de decisió.

També es troba a faltar en la regulació les conseqüències de la manca de designació d'aquesta figura.

Quines funcions té el responsable del contracte?

L'article 62 de la LCSP li atribueix la supervisió de l'execució del contracte, l'adopció de les decisions i dictar instruccions necessàries per assegurar la realització correcta de la prestació acordada, i totes les que li atribueixi l'òrgan de contractació. Per tant, és important que l'òrgan de contractació valori en funció del contracte quines funcions és convenient que tingui el responsable del contracte, per poder assegurar que la prestació concreta sigui executada correctament.

Tot i aquesta discrecionalitat atorgada a l'òrgan de contractació per establir les obligacions del responsable del contracte, la LCSP en diversos articles estableix unes potestats mínimes obligatòries per a aquesta figura:

- Proposar a l'òrgan de contractació la imposició de penalitats en els supòsits d'incompliment parcial o compliment defectuós de la prestació o en demora en l'execució en la qual no s'hagi establert cap penalitat (art. 194.2).
- Emetre l'informe que determini si el possible retard produït en l'execució del contracte és per motius imputables al contractista, a l'efecte de poder ampliar el termini d'execució (art. 195.2).

Concretament, per als contractes de serveis:

- Adoptar les mesures necessàries durant el període d'execució dels contractes de serveis que impliquen el desenvolupament o el manteniment d'aplicacions informàtiques, per programar les anualitats per finançar i pagar aquests contractes (art. 308.3).
- Donar instruccions al contractista per a l'execució correcta de la prestació en els contractes de serveis (art. 311.1).

Concretament, per als contractes de l'Administració local, la Llei estableix que en els actes de fiscalització material de les inversions el responsable del contracte pot assistir l'interventor o la interventora en els actes de recepció material de tots els contractes, excepte els contractes menors (disposició addicional tercera).

Aquestes obligacions són el punt de partida mínim, a partir d'aquí l'òrgan de contractació pot configurar la resta de potestats que consideri idònies, sempre adequant-se al contracte concret. Aquest llistat de tasques no és tancat, podríem dir que són el punt de partida mínim; a partir

d'aquí l'òrgan de contractació pot atribuir al responsable del contracte les facultats que consideri idònies, que s'adeqüin al contracte concret i, sobretot, sent conscients de quines funcions i potestats pot complir -més val atribuir poques funcions i que aquestes es puguin realitzar que no pas assignar-li un llistat molt ampli de potestats que no es podran complir per manca de temps, capacitat i mitjans, i quedaran en res.



Èlia Vilaseca Arquès

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