

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 2)

04-05-2020

En l'apunt anterior vam descriure mecanismes que tenim al nostre abast per aconseguir millorar el control de l'execució de la prestació contractual, i vam assenyalar que actuacions com dotar de més transparència la fase posterior a l'adjudicació, permetre el recurs especial en matèria de contractació i, sobretot, configurar reflexivament les potestats que ha de complir, i pot complir, la figura del responsable del contracte, són eines que ens permetrien controlar-ne millor l'execució.

La responsabilitat no acaba en el moment que s'adjudica el contracte, sinó que a partir d'aquí comença una nova fase en la qual s'han d'assumir responsabilitats en la vigilància, ja que en depèn l'èxit de la compra pública estratègica i de la nova governança. Si no és així, si no controlem l'execució del contracte, no podrem satisfer les necessitats públiques que hem establert en l'informe justificatiu, ni complirem els principis i objectius que ens marca la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), com ara la utilització eficient dels fons públics o el principi d'integritat, i la contractació pública deixarà de ser estratègica.

Perquè això es pugui dur a terme és imprescindible que les administracions i el seu sector públic comencin a assegurar una estructura organitzativa dotada de mitjans capacitats i suficients per garantir una cosa tan essencial com assegurar l'execució del contracte en els termes pactats, posant en marxa la vigilància i el control de l'execució i reaccionant davant totes les eventualitats que en poden posar en perill un bon compliment.

Aquest control de l'execució s'hauria de basar en tres pilars fonamentals:

- La vigilància
- La identificació de possibles incompliments
- La reacció amb penalitzacions o la resolució.

1. Actuacions de vigilància en la fase d'execució

En la fase d'execució podem distingir dos tipus de vigilància:

1) La vigilància del compliment efectiu de la prestació, de manera que hem de verificar que allò que rebem s'ajusta al que s'ha demanat i adjudicat, en definitiva que s'ha complert l'obligació principal i els criteris d'adjudicació, i en cas que es verifiqui que no és així, ha de tenir

conseqüències per al contractista. S'ha de fer una comprovació estricta que el servei, el subministrament o l'obra s'ajusta tècnicament al que es demana al plec de prescripcions tècniques i al que ha ofert el contractista, que s'estan complint els terminis i que la prestació no es desvia del que s'ha acordat.

2) També estem obligats a vigilar el compliment de les obligacions que ha de complir el contractista d'acord amb la legislació aplicable ambiental, laboral i tributària, i dels compromisos que ha assumit d'acord amb les clàusules socials i ambientals incloses als plecs; així com el control de les condicions de subrogació de personal per als contractes en què aquesta operi i el compliment de les obligacions en la subcontractació (comunicacions, pagaments a subcontractistes, etc.).

1.1 Compliment d'obligacions en matèria mediambiental, social o laboral (art. 201 de la LCSP)

Per garantir que en l'execució dels contractes els contractistes compleixen les obligacions aplicables en matèria mediambiental, social o laboral establertes en el dret de la Unió Europea, el dret nacional, els convenis col·lectius o les disposicions de dret internacional mediambiental, social i laboral que vinculin l'Estat, els òrgans de contractació estan obligats a efectuar un control i a prendre les mesures pertinents.

Dins d'aquestes obligacions del contractista, la LCSP inclou de manera especial els compliment del pagament de salaris i l'aplicació dels convenis col·lectius, i estableix que els incompliments d'aquestes obligacions, i especialment els incompliments o retards reiterats en el pagament de salaris i/o que el contractista apliqui condicions salarials inferiors a les que es derivin dels convenis col·lectius, dona lloc a la imposició de penalitats.

1.2 Compliment de condicions especials d'execució en matèria social, mediambiental o ètica (art. 202)

Altrament, la LCSP, per a les condicions assumides pel contractista com a condicions d'execució de caràcter social, ambiental o ètic, no obliga que els plecs fixin els termes de control sinó que sembla que sigui potestatiu penalitzar o no aquests incompliments, ja que diu que "els plecs poden establir penalitats, d'acord amb l'article 192.1, per al cas d'incompliment d'aquestes condicions especials d'execució, o atribuir-los el caràcter d'obligacions contractuals essencials als efectes assenyalats en la lletra f de l'article 211". Aquesta redacció és desafortunada, ja que pot donar a entendre que s'ha d'escollir entre establir penalitats o atribuir-los caràcter d'obligació essencial per poder ser causa de resolució. Sota el meu parer no hauria de ser una potestat de l'òrgan de contractació el fet d'establir penalitats per aquests incompliments sinó una obligació, ja que és més operatiu per a l'execució del contracte que abans d'arribar a la resolució del contracte es doni sempre l'oportunitat al contractista de rectificar amb la imposició de penalitats.

En conseqüència, sempre s'haurien d'incorporar als plecs les conseqüències de l'incompliment d'aquestes condicions d'execució, ja que si no se'n desvirtua totalment la funció, i no té sentit posar-les si les deixem a la voluntat del contractista. Per tant, als plecs cal establir les penalitats associades a l'incompliment i els atribuirem el caràcter de condició essencial a l'efecte de poder resoldre el contracte quan valorem que és convenient en funció del tipus de condició i contracte.

1.3 Control del compliment de les condicions de la subcontractació i la subrogació de personal

Pel que fa a la subrogació de personal, obligatòriament el plec de clàusules administratives ha de recollir la imposició de penalitats al contractista per als supòsits d'incompliment de l'obligació de subrogar establerta en l'article 130 de la LCSP.

En cas de subcontractació s'ha de controlar el compliment de les condicions que s'han establert als plecs per poder subcontractar i el compliment de tot el que estableix la LCSP en relació amb la subcontractació (art. 215.3).

Com ja es va dir a la primera part de l'apunt anterior, la transparència activa és fonamental per controlar-ne l'execució correcta, i hi ha d'haver transparència en la cadena de subcontractació.

A més a més, s'hauria de comprovar l'estricta compliment dels pagaments que el contractista ha de fer als subcontractistes quan:

- Obligatòriament en els contractes d'obra i de serveis que tinguin un valor estimat superior a 5 milions d'euros i en els contractes en què l'import de la subcontractació sigui igual o superior al 30% del preu del contracte, en relació amb els pagaments a subcontractistes que hagin assumit contractualment amb el contractista principal el compromís de fer determinades parts o unitats d'obra.
- Quan tot i no ser obligatori per llei així ho establím als plecs de clàusules i a l'anunci de licitació. No s'ha d'oblidar que totes les condicions especials d'execució que formin part del contracte són exigides igualment a tots els subcontractistes que participen en l'execució.

2. Conseqüències dels incompliments en l'execució del contracte

L'òrgan de contractació i la figura del responsable del contracte han de prendre les mesures necessàries per garantir el compliment de l'execució. Per poder actuar davant de compliment defectuosos de la prestació, incompliments parcials o totals, la LCSP estableix els mecanismes següents:

- Imposició de penalitats (art. 192 i 193)
- Resolució del contracte (art. 211)
- Indemnització per danys i perjudicis ocasionats a tercers (art. 194)
- Prohibició de contractar (art. 71.2.c i 71.2.d).

La imposició de penalitats és una mesura correctiva i preventiva, correctiva perquè ens ajudarà a redreçar el possible incompliment i que el contracte acabi amb èxit, i preventiva perquè, a més, pot prevenir una possible resolució contractual.

Si durant l'execució del contracte anem establint un control periòdic de l'execució podem evitar arribar a la finalització amb una prestació que dista de la demanada o amb una prestació inacabada, per això és imprescindible dedicar temps a pensar a l'hora de redactar els plecs i identificar quins incompliments poden afectar el contracte concret i així detallar-los amb les penalitats conseqüents.

Les penalitats, com hem vist, han d'anar associades tant al compliment de l'obligació principal com a altres incompliments d'obligacions laborals, socials, condicions especials d'execució, etc.

La resolució del contracte és la conseqüència més perjudicial i per això ha de ser l'última mesura a aplicar, ja que es deixa d'executar el contracte i no veurem satisfeta la necessitat pública a cobrir; això no vol dir que quan sigui impossible reconduir un incompliment sens dubte s'hagi de

perdre la por a resoldre el contracte.

L'article 71.2, lletres *c* i *d*, estableix que pot donar lloc a una prohibició de contractar l'incompliment de les clàusules essencials del contracte, com ara les condicions especials d'execució establertes d'acord amb l'article 202, si el seu incompliment ha estat definit als plecs com infracció greu, amb concurrència de dol o culpa o negligència en l'empresari o l'empresària, i sempre que abans hagi donat lloc a penalitats o a indemnització per danys i perjudicis. També si el contractista ha estat declarat culpable de la resolució del contracte per l'incompliment culpable de les obligacions que els plecs han qualificat d'essencials d'acord amb el que disposa l'article 211.1.f.

Per tant, es posa de manifest la importància que té el compliment de les clàusules socials configurades com a condició especial d'execució per la LCSP, i fins i tot el seu incompliment pot donar lloc a una prohibició de contractar, com estableix concretament en l'article 202.3: quan l'incompliment d'aquestes condicions no es tipifiqui com a causa de resolució del contracte, pot ser considerat en els plecs, en els termes que s'estableixin reglamentàriament, com a infracció greu a l'efecte del que estableix l'article 71.2.c.

Aquesta amenaça d'incórrer en prohibició de contractar per a determinats contractistes, sens dubte seria la més efectiva, ja que per a moltes empreses la imposició d'una penalitat econòmica és perfectament assumible, ans al contrari que una prohibició de contractar durant un cert període de temps, per tant no hauríem d'obviar aquesta possibilitat que té l'òrgan de contractació i utilitzar-la quan sigui pertinent.

Ara mateix, per a la majoria d'administracions i entitats públiques contractants és difícil, per no dir impossible, realitzar tasques de control. Fins que no hi hagi més recursos destinats a vigilar la correcta execució del contracte ens podem servir de les declaracions responsables que obliguin a declarar al contractista que compleix totes les obligacions de caràcter social, ambiental, tributàries i laborals, tant per ell o ella mateix com per als seus subcontractistes en relació amb els treballadors respectius, i també podem valorar per a determinats contractes, sobretot en els que el destinatari directe és el ciutadà, la possibilitat d'articular un canal de comunicació per fer apreciacions sobre l'execució del contracte i permetre que els interessats puguin fer denúncies sobre possibles incompliments del contractista.

Conclusions

De res no serveix que identifiquem la millor proposició (qualitat-preu) ni posar clàusules socials i ambientals als plecs si després no es respecten els acords del contracte i les clàusules no són objecte de la supervisió adequada, ja que això farà que no assolim el resultat de tenir la millor oferta.

Aquest control en l'execució, l'hauria de fer obligatòriament l'entitat pública contractant i també l'han de poder fer els interessats administrats amb més transparència i més possibilitats de recurs.

Hi ha d'haver un canvi de mentalitat i percepció del procediment de contractació i no únicament focalitzar esforços i destinar recursos a la preparació, la selecció i l'adjudicació. Només canviaran les coses si s'entén que augmentar els recursos públics dedicats a supervisar l'execució del contracte comportarà un estalvi que provindrà d'una execució més eficient (menys modificacions contractuals poc justificades) i més qualitat en la prestació, ja que el compliment de les

obligacions laborals i de les clàusules socials i ambientals establertes comporta que els treballadors que executin el contracte estiguin més motivats i hi hagi menys impactes al medi ambient, entre d'altres.

La reacció davant els incompliments amb la imposició de penalitats, prohibicions de contractar o resolució del contracte, farà que les empreses a la llarga redrecin actituds i tinguin un comportament més acurat per poder continuar treballant per a l'Administració pública.



Èlia Vilaseca Arquès

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