



LES NOVETATS EN MATÈRIA DE CRITERIS D'ADJUDICACIÓ A LLEI 9/2017, DE 8 DE NOVEMBRE, DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC.

INTRODUCCIÓ

El sistema de selecció del contractista i de valoració de les proposicions experimenta un canvi important a la nova llei de contractes, un canvi que ve determinat per la incorporació de la contractació estratègica com una finalitat de la contractació pública, entesa com una forma d'afavorir determinades polítiques públiques comuns, i que la Llei 9/2017 de Contractes del Sector Públic (LCSP) recull de la Directiva 2014/24/UE (Directiva).

El sistema de valoració i selecció de les ofertes és una de les eines bàsiques d'aplicació del canvi de paradigma experimentat en la contractació pública, a partir de l'entrada en vigor de la Directiva. La consideració de la contractació com una forma de fer polítiques públiques, comporta que la selecció de la millor proposició tingui en compte altres qüestions - més enllà de l'oferta econòmicament més avantatjosa- que fomentin aquestes polítiques públiques comuns, i adjudicar els contractes a aquelles propostes que presentin una millor relació qualitat-preu, mitjançant la incorporació de criteris socials i ambientals *"(...) en la convicció que la seva inclusió proporciona una millor relació qualitat-preu en la prestació contractual, així com una major i millor eficiència en l'ús dels fons públics"* (Article 1.3 LCSP).

La Llei 9/2017, regula el sistema de selecció de proposicions en base als següents conceptes:

- La valoració mitjançant una pluralitat de criteris
- La millor relació qualitat-preu
- La incorporació de criteris de valoració que tinguin en compte aspectes socials i ambientals
- El càlcul i la valoració del cicle de vida dels productes o serveis

ELS CRITERIS D'ADJUDICACIÓ A LA LLEI 9/2017 DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC

1. Pluralitat de criteris

L'article 145.1 LCSP estableix que l'adjudicació dels contractes es portarà a terme utilitzant una pluralitat de criteris d'adjudicació en base a la millor relació qualitat –preu.

El primer aspecte a valorar doncs, és que s'estableix com a sistema ordinari per a la selecció de les proposicions, l'ús d'una pluralitat de criteris d'adjudicació, si bé l'article 146 preveu que, en cas que s'utilitzi un únic criteri *"ha d'estar relacionat amb els*

costos, podent ser el preu o un criteri basat en la rendibilitat". A destacar que la nova llei ja no utilitza el concepte de preu més baix, si no de rendibilitat, que dona més efectivitat al concepte de millor relació qualitat-preu, doncs amb la incorporació de la rendibilitat en el preu s'afegeix un aspecte qualitatiu, com veurem més endavant.

El sistema ordinari de valoració de proposicions és doncs el d'utilitzar una pluralitat de criteris. Això significa, per tant, que utilitzar únicament el criteri econòmic ha de ser excepcional, i per tant cal justificar-ho adequadament a l'expedient.

L'apartat 3 de l'article 145, delimita en quins supòsits és obligatòria la pluralitat de criteris amb la incorporació respecte de l'anterior article 150 del Text Refós dels contractes de serveis que tinguin per objecte:

- Prestacions intel·lectuals
- Els serveis d'enginyeria i arquitectura
- Els de prestació de serveis socials, si fomenten la integració de col·lectius desfavorits entre les persones assignades a l'execució del contracte
- Els de serveis socials, sanitaris o educatius definits a la Disposició Addicional 48ena
- Els de serveis amb mà d'obra intensiva
- Els contractes de prestació de serveis de seguretat privada

I els contractes de concessió d'obra i de concessió de serveis.

2. La millor relació qualitat-preu

El concepte de valoració de les proposicions tenint en compte la millor relació qualitat-preu, substitueix el de proposició econòmicament més avantatjosa. Tot i que la Directiva entén que el criteri de la millor relació qualitat-preu és una forma de determinar l'oferta econòmicament més avantatjosa, la LCSP adopta aquest criteri com la forma ordinària de seleccionar les ofertes, i estableix que quan els contractes s'adjudiquin mitjançant criteris de cost-eficàcia i no de millor relació qualitat-preu, caldrà justificar-ho a l'expedient.

Per tant, no només cal justificar a l'expedient la utilització d'un únic criteri d'adjudicació, si no que, quan els criteris utilitzats tot i ser més d'un, no tinguin en compte la millor relació qualitat-preu si no únicament criteris relacionats amb els costos, també caldrà la justificació¹.

Per avaluar quina és la millor relació qualitat-preu, l'article 145 estableix que cal sempre utilitzar criteris econòmics i criteris qualitatius, de manera que qualsevol valoració de les proposicions s'ha de fer ordinàriament combinant totes dues tipologies

¹ Així, un contracte que s'adjudiqui amb una combinació de criteris de preu i de càlcul de cicle de vida, es podria considerar que només té en compte criteris de cost-eficàcia i per tant requerirà justificació.

de criteris. En aquest sentit podem interpretar que no es compliria la regla de la millor relació qualitat-preu si alguna de les dues variables fos desproporcionadament superior a l'altra. Cal equilibrar doncs, els criteris qualitatius i els criteris econòmics, si bé, com veurem, no s'ha de confondre criteri qualitatiu amb judici de valor i criteri econòmic amb preu més baix.²

A partir de la definició de què significa la millor relació qualitat-preu, la Llei concreta, descriu i exemplifica què es pot considerar un criteri qualitatiu, què s'entén per cost, preu, rendibilitat i cicle de vida del producte o servei, i com cal aplicar aquests criteris.

3. Els criteris qualitatius

El primer que s'estableix a l'article 145 en relació als criteris qualitatius, és la possibilitat que incloguin aspectes ambientals o socials. Així doncs, tots aquells criteris de valoració vinculats a la contractació estratègica s'han de tractar com criteris de qualitat. Això no obstant, com veurem en relació al cicle de vida, els criteris ambientals també poden estar inclosos en els criteris econòmics.

Els diferents criteris qualitatius estan llistats a l'apartat 2 de l'article 145, en tres blocs no limitatius, i que són els següents:

- Un primer bloc que inclou:
 - o Els criteris estrictament de qualitat;
 - o Les característiques tècniques, estètiques i funcionals;
 - o Les característiques socials i ambientals i innovadores;
 - o Les de comercialització.

- Un segon bloc de criteris vinculats:
 - o A l'organització de l'execució del contracte;
 - o A les característiques de les persones que portin a terme la prestació.

- I un tercer bloc que agrupa:
 - o La forma i el termini de lliurament;
 - o El sistema de manteniment;
 - o Els serveis post-venda.

² Una forma d'equilibrar els criteris qualitatius amb els criteris econòmics, seria la que es proposa en l'informe sobre l'anàlisi de fórmules de valoració proporcionals per a les ofertes econòmiques i les propostes tècniques, de 23 de juny de 2017, de la Direcció General de Contractació Pública, en el qual es planteja un nou model de puntuació de les propostes tècniques, pel qual un cop valorades les proposicions tècniques d'acord amb els criteris establerts, s'ordenin de la millor a la pitjor valorada i s'apliqui una fórmula de valoració equivalent a la fórmula per a la valoració de l'oferta econòmica, que atorgui la màxima puntuació a la millor proposició tècnica, i ordenar-les proporcionalment.

http://exteriors.gencat.cat/web/ca/ambits-dactuacio/contractacio-publica/direccio-general-de-contractacio-publica/.content/osacp/regulacio_i_criteris_contractacio/informes/Informe-formules-valoracio-i-puntuacio-proporcionals.pdf

Entre els exemples de criteris qualitius, cal destacar els relatius a aspectes socials, ambientals i laborals. L'article 145.2 fa una llista d'exemples de criteris de valoració de les característiques socials dels contractes, entre els quals destaquen, com a novetat:

- La subcontractació amb Centres Especials de Treball d'Iniciativa Social (en el marc dels criteris d'inserció de col·lectius desfavorits)
- El foment de la contractació femenina i la conciliació de la vida laboral i familiar com a criteris d'igualtat de dones i homes
- La millora de condicions laborals i salarials, l'estabilitat en l'ocupació, la contractació de més persones en l'execució del contracte o la formació i la protecció de la salut i la seguretat en el treball com a criteris de l'àmbit laboral.
- El subministrament o l'ús de productes de comerç equitatiu
- La contractació ètica i de responsabilitat social.

La possibilitat de poder valorar les proposicions tenint en compte el foment de la integració social, la igualtat entre dones i homes, la millora de condicions laborals o l'aplicació de criteris ètics entre d'altres, ha estat controvertida i tant els tribunals de contractació com la doctrina han posat en dubte la possibilitat de valorar les proposicions en base a uns criteris que, certament, era difícil vincular a l'objecte del contracte, i més tenint en compte la regulació ambigua de l'antic Text Refós de la Llei de Contractes del Sector Públic (TRLCSP). Entenem que aquesta controvèrsia queda superada amb l'exemplificació de criteris vinculats a la qualitat de l'article 145 LCSP, i com s'exposa a continuació, per la definició que fa la Llei del concepte de "vinculació dels criteris amb l'objecte del contracte".

Així, d'acord amb l'apartat 6 de l'article 145 LCSP, s'entén que un criteri està vinculat a l'objecte del contracte no només quan hi ha una relació directa amb l'objecte material, si no que pot abastar el procés de producció o comercialització, i altres aspectes del procés de producció encara que no formin part de la seva substància material. Canvia doncs l'abast de l'objecte contractual, que es defineix també per la finalitat i els objectius als quals respon la contractació; en termes de dret civil podríem dir que l'objecte del contracte incorpora també el concepte de causa. Caldrà doncs que els criteris per valorar la millor proposició tinguin en compte quina és la finalitat de la prestació, quina activitat d'interès públic es cobreix amb el contracte, quines són les persones receptores i valorar tots els elements que intervenen en l'activitat.

Tot i l'esforç de la llei per definir i exemplificar els criteris de caràcter qualitatiu, és clara la dificultat de concretar-los per a cada contracte en concret, més si tenim en compte l'obligació de que els criteris es formulin de forma objectiva, que no confereixin a l'òrgan de contractació una llibertat de decisió il·limitada, i es garanteixi que s'avaluen les ofertes en condicions de competència efectiva (article 145.5). Això no obstant, no s'han de confondre els criteris qualitius amb els criteris que depenen d'un judici de valor, de manera que res no obsta a que els criteris de qualitat puguin valorar-se mitjançant xifres o percentatges obtinguts a través de l'aplicació de fórmules. Determinats criteris qualitius com el nombre de persones en risc d'exclusió que el

licitador proposi per a l'execució del contracte, les titulacions o experiència, els terminis de lliurament o l'estalvi en energia, per exemple, poden fàcilment quantificar-se i valorar-se amb l'aplicació de fórmules prèviament establertes.

En conseqüència la distinció entre criteris valorables amb judici de valor i criteris valorables amb fórmules, (els anomenats criteris "subjectius" i "objectius"), que la nova llei manté amb la preponderància dels objectius, no comporta que calgui donar al preu més puntuació que a la qualitat.

En aquest sentit, l'obligació que estableix l'apartat 4 de l'article 145 que en els contractes de serveis a les persones de l'annex IV i en els que tinguin per objecte prestacions de caràcter intel·lectual, els criteris relacionats amb la qualitat han de representar com a mínim el 51 % del total, no significa que hi hagi un percentatge més alt de criteris de judici de valor.

Això ens porta al nomenament de comitè d'experts per a valorar les ofertes, que estableix l'article 146.2.a), que únicament serà d'aplicació en cas que els criteris de judici de valor superin en ponderació als criteris valorables amb fórmula, i no en qualsevol supòsit en que hi hagi un major pes dels criteris de qualitat. La novetat que presenta la LCSP en relació al comitè d'experts és que es permet que tinguin caràcter intern, però en canvi no es permet que aquests experts estiguin adscrits a l'òrgan que proposa el contracte. Entenem que aquesta prohibició és un contrasentit, doncs al mateix temps que s'exigeix expertesa, es prohibeix que les persones expertes de l'òrgan de contractació que treballen en l'àmbit material del contracte valorin les ofertes. D'aquesta manera, es prioritza una teòrica objectivitat en detriment de la qualitat i el coneixement, per a la selecció de la millor proposició.

Un exemple que pot ser útil per a objectivar els criteris qualitatius és el sistema d'etiquetes que estableix l'article 127 LCSP³. Les etiquetes es defineixen a la llei com aquell document, certificació o acreditació de que el producte, obra o servei reuneix determinats requisits, i es pot establir com a criteri d'adjudicació, de manera que no calgui fer un exercici subjectiu de valoració i sigui suficient la presentació d'una determinada etiqueta. Per exemple, es pot establir com a criteri d'adjudicació en un

³ Per a aprofundir en la possibilitat d'utilitzar etiquetes com a criteris de valoració "Posibilidades y límites para el uso de las etiquetas ambientales en los procedimientos de contratación pública" J. José Pernas García

contracte de serveis d'alimentació el nombre de productes que provinguin de comerç just, i establir que els licitadors aportin la corresponent etiqueta acreditativa.^{4 5}

Una darrera qüestió a destacar en relació als criteris qualitius és la possibilitat que establia l'anterior TRLCSP que s'estableixi un preu fix i que els licitadors competeixin únicament en funció de criteris de qualitat. Aquesta previsió no s'ha incorporat a la LCSP, si bé està expressament prevista a la Directiva (article 67.2) i a l'article 6.3 del Decret-Llei 3/ 2016 de mesures urgents en matèria de contractació pública. Entenem que aquesta possibilitat no queda prohibida per la LCSP, doncs tot i que el preu sigui fix, segueix essent un factor de la valoració des del moment en què els licitadors no el poden superar.⁶

4. El criteri econòmic

El criteri econòmic s'ha definit sempre com el del preu més baix. Així, les ofertes econòmiques dels licitadors en cap cas poden ser superiors al pressupost màxim que estableix l'Administració, i es valoren de millor a pitjor oferta segons si hi ha més o menys baixa en relació a aquest pressupost previ. La valoració es fa mitjançant una fórmula que pot ser més o menys proporcional, però que en qualsevol cas sempre atorgarà la màxima puntuació a la oferta més barata.⁷

La nova llei de contractes, ja presenta un primer canvi quan es refereix a "criteris econòmics" com un dels dos criteris que cal tenir en compte per avaluar la millor relació qualitat – preu (article 145.2 LCSP) i concreta aquest "criteri econòmic" com un "*criteri relacionat amb els costos, que podrà ser el preu o un criteri basat en la rendibilitat, com el cost del cicle de vida.*"

Així doncs, la valoració de l'oferta econòmica que presenten els licitadors ja no ha de respondre necessàriament al que anomenaríem preu pressupostari, si no al concepte de cost, que va més enllà de l'estricta oferta econòmica i pot tenir en compte aspectes

⁴ Cal tenir en compte que l'exigència d'etiquetes ha de complir uns determinats requisits, de manera que no siguin discriminatòries per als licitadors, d'acord amb l'article 127 LCSP

Per a més informació sobre etiquetes ecològiques, podeu anar a la pàgina web del Departament de Territori i Sostenibilitat:

http://mediambient.gencat.cat/ca/05_ambits_dactuacio/empresa_i_produccio_sostenible/ecoproductes_i_ecoserveis/etiquetatge_ecologic_i_declaracions_ambientals_de_producte/tipus_d_etiquetes_ecologiques/

⁵ "Las etiquetas sociales en la contratación pública" Teresa Medina Arnáiz. Universidad de Burgos

⁶ Tipología y determinación de los criterios de adjudicación conforme a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público. Javier Sola Teyssiere. Actualidad Administrativa nº1. Enero 2018

⁷ Per a més informació sobre els diferents tipus de fórmules veure l'informe sobre l'anàlisi de fórmules de valoració proporcionals per a les ofertes econòmiques i les propostes tècniques, de 23 de juny de 2017, de la Direcció General de Contractació Pública

vinculats amb la rendibilitat del producte o servei, que la mateixa llei refereix al cicle de vida.

El primer que cal analitzar és si la nova llei exclou la possibilitat de valorar l'oferta econòmica atenent únicament al preu, i fins a quin punt cal valorar en tots els contractes, els costos i la rendibilitat del producte o servei. En una anàlisi literal, podríem dir que el criteri econòmic permet ambdues possibilitats, el preu o el cost, si bé el segon paràgraf de l'apartat 1 de l'article 145 podria interpretar-se en el sentit que si no s'utilitzen una pluralitat de criteris, sigui imprescindible que el criteri econòmic incorpori la rendibilitat del producte i el cicle de vida, o entendre que l'article 148 dona preferència al cicle de vida per a calcular el criteri econòmic.

És difícil donar una resposta a aquesta qüestió, la LCSP és especialment ambigua, i hem de considerar que si el legislador realment pretengués que en tots els contractes es valorés l'oferta econòmica tenint en compte els costos o la rendibilitat ho hauria establert de forma expressa.⁸

El que si que es pot afirmar és que la LCSP, també en la valoració del criteri del preu, canvia de paradigma i s'orienta cap a una valoració de l'oferta econòmica amb altres factors que superen el del preu més baix. Aquest és el plantejament de l'anomenat cicle de vida dels productes, que l'article 148 LCSP defineix, i estableix com s'ha de calcular i aplicar.

D'acord amb la definició de la llei, s'entén per cicle de vida d'un producte, servei o obra, totes les fases de la seva existència, des de la primera idea o proposta, fins a la seva eliminació, passant per les fases de compra de matèria primera, producció, comercialització, transport, utilització i manteniment. Totes aquestes fases conformen el producte, i per valorar-ne el cost real, hem de tenir en compte el comportament d'aquest producte al llarg del temps, i les conseqüències econòmiques i costos indirectes que comporta la seva adquisició, en aquest cas mitjançant un contracte públic. Aquest darrer factor és important, doncs el cost del cicle de vida no només afecta la despesa real del comprador si no altres despeses que l'Administració ha d'incorporar com a comprador públic, ja que tot i no abonar-se directament del pressupost, conformen una despesa per a la societat. Aquest seria clarament l'exemple de les despeses de reciclatge, que poden no tenir un cost directe per a l'òrgan de contractació, però generen uns costos públics que assumeix una o altra Administració, i en darrer terme, la ciutadania.

Els costos que inclou el cicle de vida d'un producte, obra o servei, d'acord amb l'article 148.2 poden ser els d'adquisició, utilització, manteniment i final de vida, i els vinculats

⁸ Javier Sola Teysiere, considera que caldrà justificar els supòsits en què el criteri econòmic no es calculi tenint en compte el cicle de vida. Aquesta justificació quedaria implícita en la necessària justificació dels criteris i de la fórmula adoptada. Tipología y determinación de los criterios de adjudicación conforme a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público. Javier Sola Teysiere. Actualidad Administrativa nº1. Enero 2018

a externalitats ambientals com els d'emissió de gasos d'efecte hivernacle i altres emissions contaminants i de mitigació del canvi climàtic. Els costos de cicle de vida, per tant, es divideixen en costos interns, que són aquells que s'abonen de forma efectiva, com els consums d'aigua, electricitat o combustible, o externs, que la llei defineix com els costos ambientals.

Per poder aplicar els costos de cicle de vida a la valoració del preu, primer s'han de determinar monetàriament de forma verificable, amb un mètode de càlcul estandarditzat, que pot provenir d'una norma comunitària o que es permet establir-los al plec, sempre que compleixin les esmentades condicions d'estandarització i verificació. El mètode de càlcul s'ha d'indicar al plec juntament amb les dades que han d'aportar els licitadors per poder aplicar-lo.

La qüestió controvertida però, és com s'incorpora a la pràctica el cost del cicle de vida a la valoració de les ofertes econòmiques, que serà diferent si es tracta de costos interns o d'externalitat. Així, la concreció dels costos de cicle de vida interns es refereixen bàsicament a costos d'utilització o manteniment, que són sufragats en molts casos per l'administració contractant i que són fàcilment avaluables. Per exemple, la despesa d'aigua és un cost que l'Administració coneix, i que pot identificar amb un paràmetre de preu-unitat de consum. En un contracte de jardineria, per exemple, es pot exigir als licitadors que especifiquin el volum de consum d'aigua que comporta la seva oferta. En aquest cas, el volum de consum que presenti cada licitador es multiplica pel cost per unitat, - prèviament determinat al plec- i la xifra resultant es suma a l'import de l'oferta, de manera que l'oferta amb més despesa d'aigua pot resultar més cara que l'oferta amb menys despesa d'aigua.

Pel que fa als costos d'externalitat, la LCSP únicament es refereix a costos ambientals si bé la Directiva preveu també la possibilitat d'estandaritzar, a futur, els costos de cicle de vida vinculats amb les despeses socials dels productes, obres o serveis.⁹ Aquests costos requereixen d'un criteri general que en doni un valor verificable i comú, mesurable per unitats concretes, i especificat per tipus de despesa o cost ambiental. Actualment, l'única mesura comuna a nivell europeu és la relativa a vehicles, de la *Directiva 2009/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a la promoció de vehicles de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes*. Sens perjudici que tant la LCSP com la pròpia Directiva estableixen que quan hi hagi una norma europea comuna de càlcul és obligatori utilitzar-la, res no obsta que es puguin establir mètodes propis de càlcul per als costos externs, sempre que reuneixin les condicions de verificabilitat, accessibilitat i no discriminació que estableix l'apartat 3 de l'article 148 LCSP.

⁹ Consideració 96 Directiva 2014/24/UE

5. Comprovació dels criteris de valoració

Els criteris de valoració, tal i com ja establí el TRLCSP, han de constar a l'anunci de licitació i als plecs de clàusules administratives particulars, i s'ha de motivar la seva elecció, així com la de les fórmules, en l'informe de necessitat de la contractació. La LCSP, a més, exigeix a l'apartat 5.b de l'article 145 que es formulin *“de manera objectiva, amb ple respecte als principis d'igualtat, no discriminació, transparència i proporcionalitat i no confereixin als òrgans de contractació una llibertat de decisió il·limitada”*.

La novetat a destacar però, és que no només s'exigeix que els criteris de valoració respectin aquests principis, si no que és obligació dels òrgans de contractació garantir que l'avaluació de les ofertes realment compleixi aquests principis i que es pugui comprovar que les propostes presentades pels licitadors es podran executar en els termes establerts. Així, a l'apartat 5.c) de l'article 145 LCSP, s'exigeix que en la definició dels criteris de valoració que es faci als plecs, s'hi afegixin totes les especificacions que permetin comprovar de manera efectiva la informació facilitada pels licitadors en relació als criteris.

En conseqüència, no és suficient enumerar els criteris qualitius i motivar-ne la seva elecció, si no que cal concretar-los de forma suficient per tal que els licitadors puguin especificar com compliran els criteris que al·leguin, i si escau acreditar-los.

CONCLUSIONS

La selecció de proposicions s'ha de fer de forma ordinària, amb una pluralitat de criteris basats en la millor relació qualitat-preu, i en els contractes que tenen per objecte prestacions intel·lectuals, serveis socials, sanitaris o educatius i la resta que estableix l'article 145.3, és obligatòria.

L'avaluació de la millor relació qualitat-preu, ha de combinar criteris qualitius i criteris econòmics. Els criteris de qualitat no són sempre criteris avaluable mitjançant judici de valor, i la valoració mitjançant el criteri econòmic, s'ha de fer preferentment tenint en compte no només el preu de l'oferta econòmica si no també els costos relacionats amb el cicle de vida del producte.

Els criteris socials, ambientals i laborals són criteris de qualitat admesos expressament per la LCSP, i es considera que estan vinculats a l'objecte de contracte no només en relació a l'objecte material, si no també a la finalitat i objectius als quals respon la contractació.

El cicle de vida dels productes, obres o serveis comprèn els costos interns com els d'ús, consums o manteniment, que són sufragats en molts casos per l'administració contractant i que són fàcilment avaluable. També comprèn els costos externs, que la

LCSP considera que són costos ambientals, i que requereixen de la definició d'uns paràmetres previs que donin un valor verificable i comú, mesurable per unitats concretes, i especificat per tipus de despesa o cost ambiental.

Els criteris de valoració han d'estar suficientment especificats i han de concretar la forma en que es comprovarà el seu compliment.

Barcelona, 18 de maig de 2018

Anna Ciutat i Coronado
Sub-directora de supervisió i
Avaluació de la Contractació Pública