



INFORME SOBRE LES AFECTACIONS DE LA LLEI 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO AL DECRET LLEI 3/2016 DE MESURES URGENTS EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA I A L'ARTICLE 159 DE LA LLEI 5/2017 DE MESURES FISCALS, ADMINISTRATIVES I DEL SECTOR PÚBLIC

INTRODUCCIÓ

La Generalitat de Catalunya va transposar les Directives 2014/23/UE i 2014/24/UE sobre concessions i contractació, l'any 2016 mitjançant el Decret-Llei 3/2016 i l'any 2017 mitjançant l'article 159 de la Llei 5/2017.

La transposició de les esmentades directives en l'àmbit de l'Estat s'ha aprovat mitjançant la *“Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español, las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014”*, (LCSP) que entra en vigor amb caràcter general el proper 9 de març de 2018.

En aquest informe s'analitza quines de les disposicions del Decret-Llei 3/2016 i de l'article 159 de la Llei 5/2017 s'han de considerar superades o derogades pel caràcter bàsic de la LCSP, les que requereixen ser interpretades d'acord amb la legislació bàsica i les que s'ha de considerar que segueixen íntegrament vigents.

I. AFECTACIONS AL DECRET-LLEI 3/2016

1. Contracte de concessió de serveis i d'obres.

Els articles 2 i 3 del Decret-Llei, referits als contractes de gestió de serveis públics i de concessió d'obra pública, s'han de considerar superats per la LCSP pel que fa a la nomenclatura, així com la Disposició Addicional Segona, els quals deixen de tenir virtualitat per la regulació de la LCSP del contracte de concessió de serveis i la desaparició de la figura del contracte de gestió de serveis públics.

Pel que fa al contingut, la regulació en relació a la concessió, i concretament a la concessió de serveis, és equivalent en ambdues normes, si bé la LCSP és més extensa. En conseqüència, en tot allò que no està especificat als articles 2 i 3 del Decret-Llei, s'han d'aplicar els articles corresponents als contractes de concessió d'obres i concessió de serveis (articles 14 i 15 i capítols II i III) de la LCSP.

Concretament, cal tenir en compte que l'informe econòmic justificatiu de la durada de la concessió que estableix l'article 2.2 del Decret-Llei, s'ha d'interpretar que està inclòs en l'estudi de viabilitat que estableix l'article 285.2 de la LCSP, i per tant no s'ha d'incloure de forma independent a l'expedient.

En relació a la definició de la concessió, convé destacar que malgrat la claredat de la LCSP en relació a la transferència del risc operacional en els contractes de concessió, la llei bàsica preveu mesures com la hipoteca de la concessió, el manteniment de l'equilibri econòmic financer en el marc de les modificacions contractuals i el rescat de les concessions.

2. Documentació a presentar pels licitadors

Amb l'entrada en vigor de la LCSP, i d'acord amb l'article 140, la possibilitat que estableix l'article 4 del Decret-Llei d'admetre una declaració responsable en comptes del model normalitzat del DEUC en els contractes no harmonitzats ja no serà possible.

L'única excepció que admet la LCSP a la presentació del model normalitzat del DEUC, que es substitueix per una declaració responsable i l'obligació d'estar inscrit al registre de licitadors, és en cas que el contracte es tramiti mitjançant el procediment simplificat de l'article 159.

3. Divisió en lots

L'article 5 del Decret-Llei no és contradictori amb el que disposa la LCSP en relació a l'obligació de divisió dels contractes en lots, si bé la LCSP és més exhaustiva, i per tant les disposicions del Decret-Llei s'han de considerar superades per la LCSP en aquest aspecte.

Això no obstant, l'obligació de fer constar la justificació de la no lotització en el Plec de Clàusules s'ha de mantenir malgrat la LCSP no ho estableixi, atès que és una mesura de transparència que no contradiu la normativa bàsica.

Finalment, cal tenir en compte, com a qüestió rellevant de la nova llei que en els contractes de concessió d'obra, no cal justificar la no divisió en lots, d'acord amb l'apartat 3 de l'article 99 LCSP.

4. Valoració de les proposicions

La LCSP dedica els articles 145 a 150 a regular els sistemes de valoració de proposicions, i concretament l'article 150 defineix el càlcul del cycle de vida en termes equivalents a l'article 6 del Decret-Llei. Hem d'entendre doncs, que la regulació del Decret-Llei està superada per les esmentades disposicions de la LCSP.

Això no obstant, la possibilitat de valoració establint un preu fix respecte del qual únicament es competeixi per criteris de qualitat, recollida a l'article 67.2 de la Directiva 2014/24 i a l'article 6 del Decret-Llei, s'ha d'entendre vigent i aplicable, encara que la LCSP no ho prevegi de forma expressa. Aquest sistema de valoració no és contradictori amb la regulació dels criteris d'adjudicació dels contractes en base a la millor relació qualitat-preu que estableix l'article 145 LCSP.

5. Mesures de gestió eficient en el procediment obert

L'article 8 del Decret-Llei estableix determinades mesures vinculades a la tramitació dels contractes que es liciten per procediment obert, que tenen com a finalitat reduir els terminis de tramitació dels contractes i agilitar-ne l'adjudicació, i que tot i no poder-se aplicar de forma independent, no constitueixen un procediment de licitació. Aquestes mesures es poden aplicar només als contractes amb valor estimat inferior a 1.000.000€ o 100.000€ segons si són contractes d'obra o de qualsevol altre qualificació.

L'article 159 LCSP per la seva banda, regula el procediment obert simplificat, que incorpora mesures equivalents a les que estableix l'esmentat article 8 del Decret-Llei, com la publicació únicament al perfil del contractant, o la unificació de les reunions de la mesa de contractació en un únic acte públic. La resta d'especialitats d'aquest procediment són l'obligació que les empreses licitadores estiguin inscrites al registre de licitadors, la substitució del DEUC per una declaració responsable, i que els criteris avaluable mitjançant judici de valor no siguin superiors al 25% del total de la puntuació (o al 45% en els serveis de caràcter intel·lectual). Els llindars de quantia d'aquest procediment són fins a 2.000.000€ en els contractes d'obra i fins a 100.000€ en la resta de contractes.

Les mesures de gestió eficient de l'article 8 no s'han de considerar un procediment específic que pugui ser substituït per la figura del procediment obert simplificat de la LCSP, ni tampoc contradictòries amb la legislació bàsica. L'únic aspecte que s'ha d'entendre modificat per aplicació de la legislació bàsica és l'apartat a), que limita la publicitat de la licitació només a la plataforma quan el valor estimat del contracte sigui igual o inferior a 200.000€ per obres i 60.000€ per a la resta de contractes. Per aplicació de l'article 135.1 LCSP, en el procediment obert no harmonitzat només és obligatòria la publicitat a diaris oficials a més de la plataforma, per a l'Administració General de l'Estat.

En conseqüència, els òrgans de contractació de les administracions públiques catalanes, poden optar per aplicar el procediment obert simplificat o el procediment obert amb aplicació de les mesures eficients de l'article 8 del Decret-Llei, tenint en compte els requisits i les especialitats que corresponguin segons la naturalesa del contracte. A tall d'exemple, en cas que l'òrgan de contractació consideri que per la naturalesa del contracte els criteris de judici de valor han de ser superiors al 25%, no podrà tramitar el contracte pel procediment obert simplificat, però sí que podrà aplicar les mesures de gestió eficient.

6. Procediment negociat i modificació de contractes

Els articles 7 i 9 del Decret-Llei s'han de considerar derogats per aplicació de la legislació bàsica, concretament els articles 166 a 171 LCSP sobre procediments amb negociació i els articles 203 a 207 LCSP de modificació dels contractes.

7. Concert i gestió delegada

La Disposició Addicional Tercera del Decret-Llei, relativa a la prestació de serveis socials mitjançant concert i gestió delegada no es veu afectada per la LCSP, ja que d'acord amb l'article 11.6, la prestació de serveis socials està exclosa de l'àmbit d'aplicació de la llei. Així mateix, la Disposició Addicional quaranta-novena de la LCSP estableix de forma expressa, la competència de les Comunitats Autònomes per legislar la prestació de serveis públics de caràcter social mitjançant fórmules no contractuals.

II. AFECTACIONS EN RELACIÓ A L'ARTICLE 159 DE LA LLEI 5/2017

L'article 159 de la Llei 5/2017 estableix mesures per a promoure la lliure concurrència i la publicitat contractual i per al foment de l'ètica i la responsabilitat social, en base als principis establerts per les Directives de contractació i concessions i d'acord amb la legislació catalana en matèria de transparència. Els principis de lliure concurrència, publicitat, lluita contra la corrupció i responsabilitat social, es troben recollits a la LCSP en diferents articles, concretament l'article 64 preveu que els òrgans de contractació adoptin mesures per lluitar contra el frau i la corrupció i defineix el conflicte d'interès en els termes establerts a la Directiva, tal com ho fa l'apartat 1.4 de l'article 159. D'altra banda, els articles 122 i 145 i 201 i 202 preveuen la inclusió de mesures de responsabilitat social i ambiental com a requisits de solvència, criteris de valoració o condicions d'execució.

La regulació que fa la legislació bàsica d'aquests principis té caràcter dispositiu, en el sentit que delega en els òrgans de contractació l'adopció de mesures contra la corrupció, i que permet la inclusió de requisits, criteris o condicions relatives a la responsabilitat social i ambiental. Per aquest motiu, entenem que l'article 159 és plenament vigent i no es veurà afectat per l'entrada en vigor de la LCSP atès que estableix mesures concretes en relació als principis de lliure concurrència i prevenció del frau, que desenvolupen la normativa comunitària i les disposicions de la legislació bàsica.

CONCLUSIONS

Primera.- El Decret-Llei 3/2016 de mesures urgents en matèria de contractació pública quedarà superat amb l'entrada en vigor de la Llei 9/2017 de Contratos del Sector Público en la major part de les seves disposicions, a excepció de l'article 8,

relatiu a les mesures de gestió eficient en la tramitació, que es configuren com una forma de tramitació del procediment obert i no queden substituïdes pel procediment obert simplificat de l'article 159 LCSP. També seguiran essent d'aplicació l'obligació de fer constar la justificació de la no lotització en el Plec de Clàusules, i la possibilitat de valoració de les proposicions establint un preu fix respecte del qual únicament es competeixi per criteris de qualitat.

Segona.- La regulació del concert i la gestió delegada de la Disposició Addicional Tercera del Decret-Llei no es veurà afectada per l'entrada en vigor de la Llei 9/2017 de Contratos del Sector Público.

Tercera.- L'article 159 de la Llei 5/2017 de mesures fiscals i administratives no es veurà afectat per l'entrada en vigor de la Llei 9/2017 de Contratos del Sector Público.

Barcelona, 18 de desembre de 2017

Anna Ciutat Coronado
Sub-directora general de seguiment i
avaluació de la contractació pública