

Una valoración positiva de las novedades de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público y su aplicación en Cataluña



La nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, significa un cambio substancial en el modelo actual de contratación pública al apostar claramente por la compra pública estratégica, por la transparencia y por la simplificación. En Cataluña ya se avanzaron algunas medidas con la finalidad de poder aplicar políticas de contratación pública estratégica para promover la innovación, la introducción de cláusulas sociales y ambientales o las medidas de apoyo a las PIMEs, así como para mejorar la transparencia y la prevención del conflicto de intereses en la contratación pública. En este artículo se abordan las principales novedades de la Ley y su aplicación en Cataluña teniendo en cuenta las medidas ya adoptadas y su encaje con la nueva legislación.

14/05/2018

Con la transposición de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23 UE y 2014/24 UE, de 28 de febrero de 2014, de contratación pública mediante la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cuya entrada en vigor se producirá el próximo 9 de marzo, se abren nuevas oportunidades y retos no sólo para la contratación pública de las administraciones públicas españolas, sino también para el crecimiento económico y para la empresas y, en definitiva, para el bienestar de la ciudadanía. La contratación pública tiene en la actualidad un enorme impacto económico en todos los estados miembros de la Unión Europea ya que representa alrededor de un 40% del gasto público y muchos de los bienes y servicios que afectan directamente a la ciudadanía, como los servicios de salud pero también el transporte público, las residencias de mayores, la recogida de basura o la construcción de hospitales y carreteras, son objeto de la contratación pública.

De un tiempo a esta parte tanto la OCDE como la Unión Europea propugnan un nuevo concepto de contratación pública, la llamada compra pública estratégica, con el fin de fomentar la incorporación de objetivos secundarios como la sostenibilidad, la responsabilidad social, la permeabilidad a las PIME y sobretodo la innovación a las compras públicas de bienes y servicios. Esta nueva visión de la contratación pública implica pasar de un concepto estático de contratación pública, como mera actividad administrativa sujeta, por supuesto, al principio de eficiencia en el uso de los recursos públicos, a un concepto dinámico en el que la contratación pública deviene una política pública más al servicio de la administración y del interés público.

Este es el gran cambio que incorporan las Directivas del 2014 y que, por fin, también podremos introducir en España con la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que tiene carácter básico y que, por lo tanto, resulta de aplicación a todas las administraciones públicas. En Cataluña se avanzó la introducción de las Directivas mediante el Decreto-ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes de contratación pública, que convalidó el Parlamento de Cataluña y no fue impugnado por el Estado. Ahora las novedades que en su día introdujo esta norma han quedado subsumidas por la nueva Ley básica estatal.

La apuesta por la contratación pública estratégica es un aspecto muy importante de la nueva ley pero, al mismo tiempo, es también un gran reto para los gestores públicos ya que introduce una enorme complejidad en la gestión. Para que la compra pública estratégica tenga éxito no es suficiente un nuevo marco legislativo sino que se requieren también otros factores, como una buena cooperación entre administraciones públicas pero también entre los sectores público y privado, un buen conocimiento del mercado (el nuevo trámite de las consultas preliminares puede ayudar a ello), un cambio en los criterios de adjudicación y, sobre todo, mucha formación.

La compra pública estratégica conlleva tener en cuenta la calidad en la selección de los proveedores de bienes y servicios públicos y no sólo o principalmente el precio. Un buen ejemplo de ello es que mientras la vigente legislación de contratos del sector público indica que la adjudicación del contrato debe hacerse a la proposición económicamente más ventajosa, la Ley 9/2017 en cambio señala que debe hacerse a la proposición que presente

una mejor relación precio-calidad. Eso es un cambio substancial y deben ponerse los medios para poder realizar este cambio. Afortunadamente, muchas administraciones públicas disponemos ya de algunos instrumentos como manuales, guías o códigos para fomentar la introducción de cláusulas sociales, ambientales, de igualdad, etc. en la contratación pública¹. Eso es un primer paso. Pero se necesitan más: nuevos criterios de adjudicación, nuevas fórmulas, etc.

Junto a las compras públicas estratégicas, la nueva Ley presenta un segundo aspecto muy positivo que es la aportación de nuevas herramientas, conceptos y mecanismos para reforzar la transparencia, el control y la integridad de la contratación pública. En esta línea, destacaría cuatro ámbitos de interés: procedimiento, publicidad, prevención y gestión del conflicto de interés y recurso especial.

En el ámbito de los procedimientos, la Ley básica estatal suprime por fin el procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía y restringe el uso de los procedimientos negociados sin publicidad (artículo 168); establece limitaciones en el uso de la contratación menor (rebaja los umbrales a 40.000 euros en el caso de obras y 15.000 para servicios y suministros y prohíbe contratar conjunta o individualmente con un mismo proveedor por encima de estos umbrales).

La publicidad contractual se centraliza en una única plataforma y, además, la publicación en dicha plataforma genera efectos válidos de forma inmediata. Con ello también se gana en rapidez y agilidad. La Ley catalana 19/2014, de Transparencia, Acceso a la información y Buen Gobierno, ya estableció la publicación obligatoria de toda la información contractual de todas las administraciones públicas catalanas en la Plataforma de Servicios de Contratación Pública, que está integrada con la Plataforma estatal.

En relación a los conflictos de interés, se establece la obligación de los órganos de contratación de prevenir y detectar los conflictos de intereses. El artículo 64.2 de la Ley incluye una definición amplia de conflicto de interés, siguiendo las pautas de la Directiva 2014/24/UE, que incluye también a los llamados conflictos aparentes, no sólo los reales, en los términos siguientes: 'cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.'

El artículo 159.1.4 de la Ley catalana 5/2017, de acompañamiento a los presupuestos de 2017, aplicable a la administración catalana y a su sector público, estableció que, en caso de detectar un conflicto de interés, el órgano de contratación lo pondrá en conocimiento de la Comisión de Ética en la Contratación Pública, quien resolverá previo informe de la Dirección General de Contratación Pública. La Comisión de Ética en la Contratación Pública fue creada mediante el Código de Principios y Conductas Recomendables en materia de Contratación Pública, que fue actualizado en mayo de 2017. Además de la Comisión, existe un buzón para consultas y denuncias, disponible en la página web de la Dirección General de Contratación Pública².

Por otro lado, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, da una mayor extensión al recurso especial, al ampliar el objeto del recurso e incluir las modificaciones contractuales y los encargos a medios propios, rebajar los umbrales de acceso y garantizar su gratuidad, lo que, en el caso de Cataluña, implica suprimir la tasa hasta ahora aplicable.

Un tercer elemento de interés de la nueva Ley estatal es la apuesta por la simplificación y la agilidad. La creación del nuevo procedimiento simplificado previsto en el artículo 159, para obras hasta dos millones de euros y servicios y suministros hasta 100.000 euros y, especialmente, la regulación de un procedimiento simplificado telemático para obras hasta 80.000 euros y 35.000 euros para servicios y suministros, a pesar de que dan predominio a los criterios objetivos y limitan la aplicación de criterios de valor, están llamados a ser los procedimientos ordinarios de contratación pública, con publicidad y concurrencia.

En cuarto lugar el impulso a la contratación electrónica es otro de los valores positivos de la Ley 9/2017, a pesar de que la nueva regulación se contiene en una disposición adicional (16ª) y no en el articulado. La obligatoriedad de las comunicaciones electrónicas a partir de la entrada en vigor de la Ley el próximo 9 de marzo ha significado que las administraciones públicas planifiquen y pongan los medios necesarios para que ello sea posible. En el caso de Cataluña se ha trabajado durante todo el año 2017 con el desarrollo de un sobre digital, que ya se encuentra disponible para todas las administraciones públicas catalanas. Asimismo, durante 2017 se ha completado la instalación de un tramitador electrónico para todo el sector público de la Generalitat de Cataluña.

Otra novedad importante de la Ley básica estatal es el impulso a la innovación en la contratación pública, mediante el diseño de nuevos trámites, como las consultas preliminares al mercado ya mencionadas, o el diseño

de nuevos procedimientos, como la asociación para la innovación. Actualmente, en Europa la innovación es el gran motor del crecimiento económico y, por ello, también la contratación pública debe incorporar la innovación como factor de cambio y de crecimiento.

Asimismo, y también vinculada a la contratación pública estratégica, la permeabilidad de la nueva Ley para la contratación con la PIME es otro elemento positivo a destacar. En este sentido, la lotización de los contratos para permitir una mejor accesibilidad de las PIME a la contratación pública, la supresión de límites porcentuales a la subcontratación y el reconocimiento del pago directo a los subcontratistas (si se prevé en el pliego), son medidas que favorecen dicha contratación.

Finalmente, y en relación con el sector público, se introduce una medida altamente necesaria como es una mayor homogeneidad en la aplicación de la Ley. Debe tenerse en cuenta que, en la Generalitat de Catalunya, la mayor parte de la contratación pública se lleva a cabo por el sector público (un 80%), por las empresas públicas, y no por la administración pública pero, en cambio, la legislación vigente da una gran flexibilidad a los llamados poderes adjudicadores no administración pública para contratar por debajo de los umbrales comunitarios. Con la nueva Ley 9/2017 las entidades del sector público que no son administraciones públicas también quedan sujetas a los procedimientos de la Ley en relación a los contratos no armonizados, lo que aporta claridad, transparencia y seguridad jurídica a todos los operadores privados.

Por ello, y a pesar de algunos aspectos negativos de la Ley, como pueden ser el retraso de dos años en relación a la finalización del plazo previsto por las Directivas para su transposición, el carácter excesivamente reglamentista del texto (que deja muy poco margen para su desarrollo por las comunidades autónomas) o la existencia de incoherencias entre el articulado y las disposiciones adicionales, que requerirán interpretaciones o criterios para su aplicación, en definitiva la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, aporta en su conjunto más elementos positivos que negativos, especialmente, por su decidido apoyo a la compra pública estratégica, a la transparencia y a la integridad en la contratación pública.

=====

1 Como por ejemplo el Código de Contratación Socialmente Responsable, aprobado por el Gobierno catalán el 20.06.2017.

2 Direcció General de Contractació Pública O bien directamente: etica.exteriors@gencat.cat.