JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ FERNÁNDEZ

Instrucción para impulsar la contratación socialmente eficiente: estratégica, íntegra y sostenible

La Ley 9/2017 tiene por objetivo diseñar un nuevo sistema de contratación pública más eficiente y transparente. Por ello, se puede afirmar que todas las novedades que introduce dicha ley busca afianzar los dos pilares sobre los que se asienta: integridad y estrategia.

22/10/2018

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre de 2017, de Contratos del Sector Público ha dejado claro desde su exposición de motivos que su objetivo es 'diseñar un nuevo sistema de contratación pública: más eficiente, transparente e íntegro'. Podemos afirmar que todas las novedades que introduce la Ley buscan afianzar los dos pilares sobre los que se asienta para alcanzar esos objetivos: INTEGRIDAD y ESTRATEGIA. La integridad engloba las medidas para prevenir la corrupción, reforzando la transparencia mediante una mayor publicidad de las actuaciones del procedimiento de contratación, mayores exigencias de motivación de las decisiones y mayores garantías del principio de igualdad de trato entre todos los licitadores. La estrategia supone utilizar los recursos que se invierten en contratos públicos para implementar con ellos las políticas nacionales y comunitarias en materia social, medioambiental, de innovación y de promoción de las pequeñas y medianas empresas.

Que la contratación no es un fin en si mismo, sino un instrumento para implementar las políticas públicas, en especial para alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020, ya había sido proclamado antes de la nueva LCSP por la doctrina legal y científica (IJCCA de Aragón 17/2008; GIMENO FELIU 1) y se había incorporado en la LCSP de 2007 por la Ley de Economía sostenible 2/2011, con la introducción del artículo 22.2 (que reproduce el actual 28.2). La exigencia de combatir la corrupción se ha hecho más acuciante con las constantes denuncias y estudios sobre el alcance de esta lacra en los últimos años (Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE, 3.2.2014 COM; 'Informe sobre el Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la Competencia', de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 5 de febrero de 2015). La LCSP 9/2017 incorpora una más que considerable batería de medidas para que los aplicadores prácticos de la misma persigamos en cada uno de nuestros contratos objetivos sociales y desterremos prácticas corruptas. Pero el legislador no se conforma con las previsiones imperativas del texto legal en estos ambiciosos objetivos, sino que incorpora dos mandatos expresos para que cada entidad del sector público adopte medidas adicionales y específicas al respecto. El artículo 64.1 exige que todos 'Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores'. Paralelamente, el artículo 202 dispone en el mismo sentido que 'los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral'. Se impone pues una obligación adicional al ineludible deber de cumplir los preceptos legales, mandato que es especialmente claro, amplio y sin excepciones al respecto, especialmente en los artículos 1.1 y 3 y 28.2 LCSP.

El Ayuntamiento de Valladolid y su sector público ya emprendieron ese camino en el año 2015, con la aprobación de la 'Instrucción 1/2015, para impulsar la eficiencia y sostenibilidad en la contratación pública del ayuntamiento e implementar a través de ella las políticas municipales en materia social, medioambiental, de innovación y promoción de las pymes'. La aplicación de esa Instrucción ha permitido obtener resultados muy positivos en esos objetivos. La adjudicación de contratos a pymes duplica la media nacional, llegándose al 75% de los contratos adjudicados en los años 2016 y en 2017, porcentaje superior al doble de la media nacional (28%) y europea (35%). Se ha limitado la litigiosidad gracias a las medidas de transparencia: en el año 2016 tan solo se interpusieron 10 recursos contra los expedientes de contratación, solo 1 ante los Tribunales jurisdiccionales, que se resolvió en primera instancia en favor del Ayuntamiento; en el año 2017 sólo en 6 de los contratos tramitados fue objeto de algún tipo de recurso, de los que 2 fueron estimados. Las modificaciones contractuales no previstas en los pliegos han sido prácticamente testimoniales, sólo un 3% en 2016 y un 1,65% en 2017. Y el 100% de los

contratos incorporaron criterios sociales y medioambientales, pues además de como criterio de valoración de las ofertas en muchos contratos, se han impuesto de manera obligatoria como cláusulas de desempate y no se han admitido ofertas desproporcionadas si no respetaban los derechos socio laborales de los trabajadores que ejecutan los contratos, medidas recogidas en la nueva Ley de Contratos, y también se han establecido como condiciones ejecución obligatorias. La valoración de la innovación empresarial se ha tenido en cuenta preceptivamente en todos los contratados en los que se han utilizado criterios de valoración no matemática.

Con el objetivo de seguir incidiendo en estas políticas y en esta forma de concebir la contratación pública como una herramienta muy útil para potenciar las políticas municipales en materia social, medioambiental y de fomento de la innovación y las pymes, en procedimientos transparentes sin mácula de corrupción, una treintena de técnicos del sector público municipal, con el respaldo y, en ocasiones, colaboración muy activa de otras instituciones, ha actualizado esa Instrucción, incorporando los mandatos legales en la forma más exigente posible para alcanzar esos objetivos y añadiendo previsiones adicionales a las previstas en la Ley con la misma finalidad. El resultado ha sido la 'INSTRUCCIÓN 1/2018, PARA IMPULSAR LA CONTRATACIÓN SOCIALMENTE EFICIENTE: ESTRATÉGICA, ÍNTEGRA Y SOSTENIBLE EN EL AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID Y LAS ENTIDADES DE SU SECTOR PÚBLICO', aprobada por la Junta de gobierno Local el 9 de mayo de 2018. Aunque la norma puede parecer extensa, pues tiene 114 artículos agrupados en 6 títulos, no lo es si se compara con cualquier otra guía o instrucción que tratan solo algunos de esos aspectos en una extensión no menor 2.

La estructura del nuevo texto pivota sobre las medidas de transparencia, recogidas en el título I, ya que se entiende que un procedimiento con garantía de integridad es una invitación para la concurrencia, especialmente de las empresas más pequeñas de todo tipo, y esencial para que las medidas para favorecer la utilización estratégica de la contratación pública no quebrantan los principios básicos de la contratación pública.

Para favorecer la transparencia, tanto como publicidad abierta, como corolario del principio de igualdad de trato, la Instrucción incorpora nuevas medidas: aplicación del mismo régimen jurídico a todo el sector público municipal; exigencia de un plan anual de contratación de todo el sector público; medidas de control específico para asegurar que las prescripciones técnicas garanticen la posibilidad de una competencia efectiva; o la exposición al público de los proyectos, pliegos y demás documentos contractuales a efectos de alegaciones. En la adjudicación, se precisa el trámite de prueba de que las ofertas que no se ajusten exactamente a las exigencias técnicas de los contratos, permiten satisfacer con igual o mayor eficiencia la necesidad que se precisa cubrir; se impone la limitación estricta de los procedimientos sin concurrencia, en especial de los contratos menores; se proscribe la participación en las mesas de miembros electos y del personal que haya participado en la elaboración de la documentación técnica; se exige precisión en la utilización de los criterios de valoración de las ofertas, concretando la exigencia de valoración matemática mediante una regla proporcional lineal pura (la regla de tres simple directa) e imponiendo en los criterios de valoración técnica la obligación de precisar qué se valora y el método de preciso de comparación de las ofertas. Se recogen medidas para coordinar los principios de transparencia y confidencialidad de las proposiciones de los licitadores y de la información municipal; se concretan actuaciones ante conflictos de intereses y la comunicación a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de posibles prácticas colusorias; se limitan las modificaciones de los contratos; se atribuyen las funciones de una unidad encargada del seguimiento de la ejecución de los contratos; y se articula la posibilidad de utilización de pactos de integridad y el arbitraje.

Como medidas para facilitar la participación de las pymes de todo tipo, con especial mención a los autónomos y empresas del tercer sector social, se impone la publicación de un plan anual de contratación; una formación específica para las pymes locales, en especial para la contratación en formato electrónico; la generalización de la división de los contratos en lotes, restringiendo las excepciones que admite la propia Ley; invitación preferente a las PYMES en los contratos menores y negociados sin publicidad. En la fase de adjudicación se amplían como regla general los plazos de presentación de ofertas; se simplifican y se exige precisión y claridad en los criterios de solvencia y de valoración de las ofertas; y se admiten expresamente la realización de consultas públicas hasta casi la finalización del plazo para presentar ofertas, así como la presentación de alegaciones y recursos a todas las actuaciones de las Mesas de Contratación de todos los contratos. En la fase de ejecución de los contratos, se extiende la posibilidad de constituir garantías definitivas mediante retención en el pago; se garantiza el pago de las facturas derivadas de contratos en 30 días; y se prevén medidas específicas para asegurar el pago en plazo por parte del adjudicatario a los subcontratistas y proveedores.

En materia social, se impone la reserva de un 8 a un 10% de contratos para centros especiales de empleo y

empresas de inserción, concretando que la reserva se reflejará en el plan anual de contratación. Se rechaza la adquisición de bienes y servicios producidos sin garantías de cumplimiento de la normativa sociolaboral de la Organización Internacional del Trabajo y se prevén medidas concretas para garantizar que esa normativa, y la de accesibilidad universal y diseño, se tenga en cuenta en la definición de las prestaciones objeto de cada contrato. Tanto como criterio de valoración de las ofertas como condición se ejecución se imponen criterios en favor de los discapacitados y otros colectivos de personas socialmente desfavorecidas o discriminadas, incluidas las que lo son por causa condición sexual o expresión de género, como las personas del colectivo LGTBI; se exige también la igualdad salarial de las personas que ejecutan los contratos y la aplicación en la ejecución del contrato de principios de responsabilidad social empresarial y de compra pública ética, con la incorporación en la ejecución productos de "comercio justo". Se implementan mecanismos de un control en la ejecución de los aspectos sociales exigidos u ofertados.

En lo referente a los aspectos medioambientales, se plantea en primer lugar una formación de técnicos municipales en compra pública verde, cálculo del ciclo de vida y redacción de pliegos técnicos, incorporando objetivos medioambientales en la definición del objeto de los contratos; no se permite la adquisición de bienes y servicios producidos sin garantías de cumplimiento de los convenios internacionales en materia medioambiental; se concretan criterios medioambientales de valoración de las ofertas y como condición especial de ejecución; se prevé la exigencia de obtención de certificados de calidad medioambiental en los servicios contratados de mayor duración y se establecen los medios de verificación de su cumplimiento.

Al fomento de la innovación a través de los contratos, se dedica el título V. Se trata de promover que en todos los contratos se incentive la innovación empresarial, en sentido amplio, tanto tecnológico, como organizativo, social y cultural, empezando por la formación tanto del personal municipal como de las pymes en la incorporación de la innovación en ese sentido amplio en la determinación de las prestaciones contractuales y en las ofertas, exigiendo que la valoración de éstas tenga siempre en cuenta este criterio cuando no sea haga con criterios estrictamente matemáticos, e incluso en este caso, cuando se valoren con parámetros medibles aspectos de calidad y eficiencia. Se prevé la definición abierta del objeto de los contratos y la previsión expresa de mejoras o variantes con innovaciones; información expresa sobre la posibilidad de financiación adicional para el desarrollo del proyecto innovador en contratos de compra pública precomecial o de compra pública de innovación. En la ejecución de los contratos, se impone una 'cláusula de progreso tecnológico' en los contratos de larga duración, se regulan los derechos de explotación de tecnologías desarrolladas durante la ejecución de los contratos con posterioridad a la resolución de éstos; y la evaluación de los resultados alcanzados con las innovaciones incorporadas.

Cierra la Instrucción un paquete de medidas que pretenden asegurar la calidad y la sostenibilidad económica de las obras, bienes y servicios contratados. Es de destacar el sometimiento a supervisión de todos los documentos precontractuales, especialmente pliegos, proyectos y estudios económicos, para tratar de mejorarlos y reducir errores; el establecimiento de un umbral mínimo de puntuación en los criterios de valoración técnica de especial importancia, pero analizado por una terna de funcionarios; la exigencia a los adjudicatarios de contratos de mayor duración de la consecución de certificaciones de calidad de los servicios contratados y cartas de compromisos con los usuarios; o la valoración de la ampliación del plazo de garantía la previsión de actuaciones a realizar durante el mismo.

Como se ha anticipado, en la elaboración de la Instrucción han participado más de una veintena técnicos municipales y se ha contado con la colaboración activa de otras Administraciones y entidades privadas especialmente destacadas en los diferentes aspectos de los contratos públicos:

Dirección General de Industria y de la Pyme y Dirección General de Innovación y Competitividad del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León

Transparencia Internacional España;

Observatorio de contratos públicos locales del Consejo de Colegios de Secretarios, interventores y Tesoreros de Administración Local.

Foro de la contratación socialmente Responsable, ForoconR;

Confederación Empresarial Española de la Economía Social, CEPES; y

Observatorio de Contratación Pública, ObCP.

Estas colaboraciones, además de reforzar el rigor de la Instrucción, contribuyen a que la Instrucción siga siendo un referente y sirve de estímulo para su réplica por otras entidades del sector público 3, de manera que la escasez de recursos humanos especializados no sirva de excusa a ninguna entidad pública para autodotarse de medidas específicas para potenciar la consecución de los objetivos integridad y estrategia que persigue la Ley por mandato comunitario. Como también son un acicate los logros antes referenciados en la contratación del Ayuntamiento de Valladolid con su aplicación. Por ello la Instrucción se difunde en formato reutilizable en la web municipal del Ayuntamiento de Valladolid, en la del Colegio Oficial de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local o en la de este Observatorio de la Contratación Pública. Todas estas medidas se han materializado especialmente en los pliegos modelo para los contratos de obras, servicios y suministros del Ayuntamiento de Valladolid, igualmente accesibles en las citadas páginas web.
No caben por lo tanto excusas para no aprovechar la gran oportunidad que ofrece la LCSP 9/2017 para fomentar una contratación socialmente eficiente, que, desterrando la corrupción, permita ofrecer obras servicios y suministros de gran calidad y a la vez favorecer con los mismos recursos las políticas públicas sociales, ambientales, de fomento de la innovación y de promoción de las pymes.
Más información: Instrucción 1/2018, para impulsar la Contratación Socialmente Eficiente: Estratégica, Íntegra y Sostenible en el Ayuntamiento de Valladolid y las entidades de su sector público

====
1 'Hacia una nueva ley de contratos del sector público. ¿una nueva oportunidad perdida?'. José María GIMENO FELIÚ. Revista Española de Derecho Administrativo 182 Enero ' Marzo 2017 Págs. 181-221.
2 Por ejemplo, las excepcionales Guías del Ayuntamiento de Madrid para contratación pública municipal para pymes, autónomos, y entidades del tercer sector, y Guía de Contratación Pública de Innovación, de 25 de mayo de 2018.
3 Como lo fue la anterior, reproducida en gran parte, por ejemplo, en el Acuerdo de Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura de 23 de febrero de 2016, por el que se aprueba la Instrucción sobre incorporación de criterios sociales, medioambientales, de promoción de las pymes y de impulso de la sostenibilidad en la contratación pública de la Junta de Extremadura y de las entidades que integran su sector público.