

CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA. COM PODEM INCIDIR EN LES CONDICONS DEL CONTRACTE

Introducció

Mitjançant Llei 9/2017, de 8 de novembre, es va aprovar de la Llei de Contractes del Sector Públic (LCSP). Aquesta Llei deroga el Text Refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, aprovat per RDL 3/2011, de 14 de novembre, i va entrar en vigor el 9 de març de 2018. L'objectiu fonamental de la nova llei és la transposició a l'ordenament jurídic espanyol de les Directives del Parlament i del Consell 2014/23/UE (relativa a l'adjudicació dels contractes de concessió) i 2014/24/UE (sobre la contractació pública). Tot i això, el termini màxim fixat a les esmentades directives per a la seva transposició era el dia 18 d'abril de 2016.

La Llei s'ha d'entendre desenvolupada pel Reglament General de la Llei de Contractes del Sector Públic, aprovat per R.D. 1098/2001, de 12 d'octubre (RGLCSP), en tot allò que no s'oposi a la mateixa o a les directives esmentades.

A Catalunya es va aprovar el Decret Llei 3/2016, de 31 de maig, de mesures urgents en matèria de contractació pública. El seu objecte és establir mesures en relació amb l'aplicació de determinades disposicions de les noves directives sobre contractació. El seu àmbit d'aplicació abasta els contractes del sector públic subjectes i no subjectes a regulació harmonitzada que tramitin els poders adjudicadors de la Generalitat de Catalunya i el seu sector públic i els ens locals de Catalunya i el seu sector públic. S'ha d'entendre en vigor, i en conseqüència, aplicable, en tot allò que no s'oposi a la LCSP.

Els objectius de la nova llei, d'acord amb la seva exposició de motius, a més de transposar a la normativa interna les directives de contractació, són:

- Assolir una major transparència en la contractació pública.
- Assolir una millor relació qualitat-preu.
- Simplificació de tràmits per imposar una menor burocràcia pels licitadors y millor accés per les PYMES¹.

¹ Podríem identificar les següents mesures de millora de l'accés de PIMES :

- Divisió en lots del contracte
- Criteris de solvència econòmica i financera:
 - o Volum anual de negocis en l'àmbit del contracte referit al millor dels últims 3 anys. No pot superar 1,5 vegades el valor estimat del contracte
 - o Possibilitat d'exigir que el període mig de pagament a proveïdors (per societats que no puguin presentar compte de pèrdues i guanys abreujats) no superi els límits previstos a la normativa de morositat.
- Art. 136: termini raonable de presentació d'ofertes
- Acreditació solvència: Declaració responsable. DUEC, registre oficial de licitadors
- Condicions especials d'execució de caràcter ètic o social: 202 LCSP.
- Criteris d'adjudicació: Característiques socials: igualtat homes/dones, conciliació, millors condicions laborals i socials, ...
- Subcontractació:

- Dissenyar un sistema de contractació més eficient, transparent i íntegre.

En aquest estudi intentaré reflexionar sobre com i quan podem incidir en les condicions del contracte. Segurament un correcte assoliment dels objectius de l'administració, passaran per una prèvia reflexió sobre la definició de les seves condicions, que va més enllà de la fixació de les condicions, especials o essencials, en la seva execució.

Són quatre els principals moments del contracte que poden tenir una afectació en les condicions del mateix:

1. En el moment de definir la solvència tècnica del contractista
2. En el disseny dels plecs tècnics del contracte
3. En la definició dels criteris d'adjudicació del contracte
4. En la fixació de les condicions d'execució del contracte

A tenir en compte que els tres últims afectaran d'una forma important en el control de l'execució del contracte, i aquest serà un dels principals objectes del responsable del contracte, que fins i tot, en el cas de la seva inobservança, pot generar responsabilitat.

A aquest estudi, hi afegiré aquelles parts essencials de la contractació, que poden tenir una incidència, directa o indirecta, sobre aquell.

I.- LA CONFIGURACIÓ GENERAL DE LA CONTRACTACIÓ

1- Necessitat i idoneïtat del contracte

Regulat a l'art. 28 LCSP, i afecta a tot el sector públic. Només es poden celebrar aquells contractes que siguin necessaris per al compliment i realització dels fins institucionals dels ens, organismes i entitats del sector públic.

Per tant, s'han de determinar amb precisió deixant-ne constància a la documentació preparatòria:

- La naturalesa i extensió de les necessitats que es pretenen cobrir mitjançant el contracte projectat.
- La idoneïtat del seu objecte i contingut per satisfer aquelles necessitats.

L'article 28 LCSP també fa referència al principi d'eficiència, afavorint l'agilitat de tràmits, incorporant consideracions socials, mediambientals i d'innovació, i promovent la participació de petites i mitjanes empreses.

-
- 216 LCSP pagament a subcontractistes en terminis no més desfavorables als previstos a la normativa vigent
 - 217 LCSP: Comprovació de pagament dins de termini
 - DA 51 LCSP: Pagaments directes a subcontractistes
 - Procediment obert simplificat

També preveu, amb caràcter preceptiu, que les entitats del sector públic han de programar l'activitat de contractació pública, es desenvolupi en un exercici pressupostari o en períodes plurianuals. Han de donar a conèixer el seu pla de contractació de forma anticipada mitjançant un anunci d'informació prèvia que reculli, al menys, aquells contractes subjectes a regulació harmonitzada. S'han de publicar o en el DOUE, o en el perfil del contractant.

2.- Termini de durada dels contractes i d'execució de la prestació

D'acord amb l'article 29 LCSP, el termini de durada dels contractes s'ha de fixar atenent a la naturalesa de les prestacions, les característiques del seu finançament i la necessitat de sotmetre periòdicament a concurrència la seva realització. Es poden preveure una o més pròrrogues, que s'han d'aprovar per l'òrgan de contractació i són obligatòries per l'empresari.

Les durades previstes en aquest article són:

- Els contractes de subministrament i de serveis de prestació successiva tindran una durada màxima de 5 anys, pròrrogues incloses. No obstant, excepcionalment, es podrà preveure un termini superior si així ho exigeix el període de recuperació de les inversions directament relacionades amb el contracte, si aquesta amortització suposa un cost rellevant en la prestació del servei, si les inversions no són susceptibles de ser utilitzades en la resta de l'activitat productiva del contractista, o la seva utilització sigui antieconòmica,

Pel que fa a contractes de serveis de manteniment, efectuat conjuntament amb la compra del bé a mantenir, si aquest manteniment, per qüestions d'exclusivitat, només el pot efectuar l'empresa que subministra el bé, el termini del contracte pot ser equivalent al de la vida útil del bé adquirit.

També podran tenir un termini superior els contractes de serveis relatius a serveis a les persones, quan sigui necessari per la continuïtat de tractaments a usuari.

Finalment, es preveu també la pròrroga per aquells supòsits en els quals els contractes hagin vençut i encara no s'hagi formalitzat un nou contracte que en garanteixi la continuïtat. Aquesta pròrroga es podrà utilitzar si la manca de formalització ho és per esdeveniments imprevisibles produïts en el procediment d'adjudicació, i existeixin raons d'interès públic per no interrompre la prestació. El termini màxim de pròrroga és de 9 mesos, sempre que l'anunci de licitació del contracte s'hagi publicat amb una antelació mínima de 3 mesos a la data de finalització del contracte originari.

Els contractes de serveis complementaris a contractes d'obra o de subministrament, podran tenir un termini superior, que en cap cas pot excedir de la durada del contracte principal.

- Contractes d'arrendament de béns mobles: 5 anys pròrrogues incloses.

- Contractes de concessió d'obres i concessió de serveis: El termini ha de ser limitat i es calcula en funció de les obres i dels serveis objecte del contracte. En el cas que el termini sigui superior a 5 anys, la durada no pot excedir del temps raonable per tal que el concessionari recuperi les inversions realitzades, junt amb un rendiment sobre el capital invertit.

En qualsevol cas, la seva durada, pròrrogues incloses no podrà ser superior a:

- o 40 anys si comporten l'execució d'obres i explotació del servei.
 - o 25 anys els contractes de concessió de serveis no relacionats amb la prestació de serveis sanitaris.
 - o 10 anys els contractes de concessió de serveis relacionats amb la prestació de serveis sanitaris (excepte que també comportin l'execució d'obres. En aquest cas el termini són 40 anys).
- Els contractes menors no poden tenir una durada superior a un any ni ser objecte de pròrroga.

3.- Llibertat de pactes i perfeccionament del contracte.

L'article 34 LCSP preveu que els contractes del sector públic poden incloure qualsevol pacte, clàusula i condició que no siguin contraris a l'interès públic, a l'ordenament jurídic o als principis de bona administració.

El contingut mínim dels contractes està regulat a l'article 35:

- Identificació de les parts.
- Acreditació de la capacitat dels signants del contracte.
- Definició de l'objecte i tipus del contracte, tenint en compte les consideracions socials, ambientals i d'innovació.
- Referència a la legislació aplicable al contracte.
- Enumeració dels documents que conformen el contracte, els quals es poden jerarquitzar segons ordre de prioritat en la seva aplicació en cas de conflicte.
- Preu cert o manera de determinar-lo.
- Durada del contracte i possibles pròrrogues.
- Condicions de recepció, lliurament o admissió de les prestacions.
- Condicions de pagament.
- Supòsits en què procedeixi la modificació del contracte.
- Supòsits en què procedeixi la resolució del contracte
- Crèdit pressupostari o el programa o rúbrica comptable amb càrrec al qual s'abonarà el preu, si escau.
- L'extensió objectiva i temporal del deure de confidencialitat que, si escau, s'imposi al contractista.
- L'obligació de l'empresa contractista de complir, durant tot el període d'execució del contracte, les normes i condicions fixades en el conveni col·lectiu d'aplicació.

El document contractual no podrà incloure estipulacions que estableixin drets i obligacions per a les parts diferents dels previstos en els plecs i, si escau, concretats en la proposició de l'adjudicatari o bé precisats en l'adjudicació.

D'acord amb l'art. 36 LCSP, els contractes es perfeccionen amb la seva formalització. Les entitats del sector públic no poden contractar verbalment, excepte en els supòsits d'emergència.

4.- Règim d'invalidesa

L'art. 38 preveu com a supòsits d'invalidesa dels contractes celebrats pels poder adjudicadors, inclosos els subvencionats:

- Quan concorri una causa que els invalidi d'acord amb el dret civil.
- Els derivats de la il·legalitat de les clàusules dels contractes.
- Els derivats de la il·legalitat dels seus actes preparatoris o el d'adjudicació, per concórrer causes de nul·litat o anul·labilitat de dret administratiu.

Causas d'invalidesa de dret administratiu:

- Nul·litat:
 - o Les de l'art. 47.1 L 39/2015.
 - o Falta de capacitat d'obrar o de solvència econòmica financera, tècnica o professional de l'adjudicatari, la falta d'habilitació empresarial o professional, la falta de classificació
 - o Que l'adjudicatari estigui en alguna de les prohibicions de contractar de l'art. 71.
 - o La mancança o insuficiència de crèdit, excepte en els supòsits d'emergència.
 - o La falta de publicació de l'anunci de licitació en el perfil del contractant.
 - o L'incompliment dels terminis per a la formalització dels contractes quan es compleixin els següents requisits (els dos):
 - Per aquesta causa el licitador no hagi pogut interposar cap recurs contra els actes del procediment d'adjudicació.
 - Concorri alguna infracció dels preceptes que regulen el procediment d'adjudicació dels contractes que els impedeixi obtenir aquesta adjudicació.
 - o Haver formalitzat el contracte havent-se interposat recurs especial en matèria de contractació, sense respectar la suspensió automàtica, o la mesura cautelar de suspensió.
 - o L'incompliment de les normes establertes per a l'adjudicació de contractes basats en un acord marc o en un sistema dinàmic d'adquisició, quan aquest incompliment hagués determinat l'adjudicació del contracte a un altre licitador.
 - o L'incompliment greu de les normes de la U.E. en matèria de contractació pública que comportés que el contracte no s'hagués adjudicat al contractista, declarat pel TJUE.
 - o La falta de referència en els plecs al que preveuen els paràgrafs tercer, quart i cinquè de l'art. 122.2 (incorporat per RDL 14/2019):
 - Preveure de forma expressa l'obligació del futur contractista de respectar la normativa vigent en matèria de protecció de dades.

- Quan l'execució del contracte requereixi el tractament de dades personals, s'ha de fer constar:
 - La finalitat per a la qual se cediran les dades
 - L'obligació del contractista de sotmetre's a la normativa nacional i de la Unió Europea en matèria de protecció de dades
 - L'obligació de l'empresa adjudicatària de presentar abans de la formalització del contracte una declaració en la que posi de manifest on s'ubicaran els servidors i des d'on es prestaran els serveis associats als mateixos, això com l'obligació de comunicar qualsevol canvi que es produeixi.
 - Obligació dels licitadors d'indicar a l'oferta si tenen previst subcontractar els servidors o serveis associats als mateixos, el nom o perfil professional, definit per referència a les condicions de solvència professional o tècnica, dels subcontractistes als que s'encarregui la seva realització
 - Preveure com a obligacions essencials les descrites pel que fa a tractament de dades.
- Anul·labilitat: La resta d'infraccions de l'ordenament jurídic. L'article 40 LCSP n'especifica 3 de concretes:
 - L'incompliment de les circumstàncies i requisits exigits per a la modificació dels contractes
 - Les disposicions, actes o resolucions que provinguin de qualsevol òrgan de les Administracions Públiques si atorguen avantatges a empreses que hagin contractat prèviament amb qualsevol administració
 - Els encàrrecs que acordin els poders adjudicadors per a l'execució directa de prestacions a través de mitjans propis si no s'observen els requisits fixats a l'article 32.

La revisió d'ofici dels actes nuls o anul·lables, s'efectuarà d'acord amb els procediments previstos a la Llei 39/2015. L'article 41.2 estén la naturalesa 'actes administratius als actes preparatoris i d'adjudicació dels contractes de les entitats del sector públic que no siguin administracions públiques, així com els dels contractes subvencionats de l'article 23.

Sense perjudici del que pugui establir la normativa autonòmica, serà competent per declarar la nul·litat o lesivitat, l'òrgan de contractació. Tot i això, s'ha de tenir present que l'article 22.2.k de la Llei 7/1985, atorga la competència per a la declaració de lesivitat al ple. Quan es tracti d'entitats que no tinguin el caràcter d'administració pública, correspondrà declarar la nul·litat o la lesivitat al titular del departament, òrgan o organisme al que estigui adscrita l'entitat. En el cas de contractes subvencionats, correspon al titular del departament, president o director de l'entitat que hagi atorgat la subvenció.

Si no es determina el contrari, la competència per declarar la nul·litat o la lesivitat s'entendrà delegada conjuntament amb la competència per contractar. No obstant, aquesta delegació no afectarà la facultat per acordar una indemnització com a conseqüència de

l'anul·lació, que s'haurà de resoldre per l'òrgan delegant. En aquest cas tant l'anul·lació com la indemnització la resoldran l'òrgan delegant, sense necessitat d'advocació.

La declaració de nul·litat dels actes preparatoris del contracte o de l'adjudicació, quan sigui ferma, comporta la nul·litat del contracte, que entrarà en fase de liquidació. La part culpable haurà d'indemnitzar a la contrària dels danys i perjudicis soferts. No obstant, si la nul·litat produís un trastorn greu al servei públic, es podrà disposar la continuació dels efectes del contracte fins que s'adoptin les mesures urgents per evitar el perjudici.

5.- Òrgan de contractació. El responsable del contracte.

L'Òrgan de contractació, que pot ser unipersonal o col·legiat, és el representant de les entitats del sector públic en matèria de contractació. És qui té la competència per a efectuar la contractació, que la pot delegar o desconcentrar².

L'òrgan de contractació ha de designar un responsable del contracte (d'acord amb l'article 62 LCSP, la seva designació és obligatòria), que pot ser una persona física o jurídica, vinculada o no a l'òrgan de contractació, i al qual li correspon, dins les facultats que li atribueixi l'òrgan de contractació:

- Supervisar l'execució del contracte.
- Adoptar les decisions i dictar instruccions per assegurar la correcta realització de la prestació pactada.

En el cas de contracte d'obres, les facultats del responsable del contracte les exerceix el director facultatiu.

En els casos de concessions d'obra pública i concessions de serveis, l'administració ha de nomenar una persona que actuï en defensa de l'interès general i verificar el complement de les obligacions del concessionari, especialment pel que fa a la qualitat en la prestació del servei o de l'obra

6.- Capacitat i solvència econòmica, tècnica i financera. Classificació de les empreses

D'acord amb l'art. 65 LCSP, per contractar amb el sector públic, les persones naturals o jurídiques hauran de tenir capacitat d'obrar, no estar incurses en una prohibició de contractar, i hauran d'acreditar la solvència econòmica, financera, tècnica o professional. El segon apartat de l'esmentat article preveu de forma expressa que els empresaris hauran de comptar amb l'habilitació empresarial o professional exigible.

² Alcalde o President: Obres, subministrament, serveis, concessió d'obra pública, concessió de serveis, administratius especials i contractes privats que no superin el 10 % dels recursos ordinaris del pressupost ni 6.000.000 €. També els plurianuals de durada no superior a 4 anys, si l'import acumulat no supera el percentatge del 10 % referit al primer exercici, ni els 6.000.000 €. Per concessions de serveis d'una durada superior a 5 anys o amb un valor estimat superior al 10 % dels recursos ordinaris del pressupost, la competència és del ple amb un quòrum de majoria absoluta.

En els contractes subvencionats de l'article 23, el contractista també haurà d'acreditar la seva solvència i no haurà d'estar incurs en la causa de prohibició de contractar de l'article 71.1.a LCSP³.

És important la previsió de l'art. 57, segons la qual les persones jurídiques només poden ser adjudicatàries de contractes les prestacions dels quals estiguin compreses en els fins, objecte o àmbit d'activitat previstos els seus estatuts o regles fundacionals.

Tenen capacitat per contractar amb el sector públic, totes les empreses no espanyoles d'Estats membres de la UE o d'Estats signataris de l'Acord sobre l'Espai Econòmic Europeu. La resta d'empreses d'altres estats, hauran de justificar mitjançant informe, que el seu Estat de procedència admet la participació d'empreses espanyoles.

Pel que fa a les UTEs, podran contractar amb el sector públic, sense necessitat de prèvia formalització en escriptura pública. Aquesta es pot ajornar al moment posterior a l'adjudicació del contracte. En el cas que es requereixi classificació, totes les empreses que formin part de l'UTE hauran d'haver obtingut prèviament la classificació com empresa d'obres.

L'art. 70 LCSP preveu les condicions de compatibilitat:

- L'òrgan de contractació ha d'adoptar les mesures necessàries per garantir que la participació de les empreses que prèviament hagin participat en l'elaboració d'especificacions tècniques o documents preparatoris del contracte, no falsegi la competència. Si és el cas, abans d'excloure un candidat per aquest motiu, se li haurà de donar audiència.
- Els contractes que tinguin per objecte la vigilància, supervisió, control i direcció de l'execució de qualsevol contracte, així com la coordinació en matèria de seguretat i salut, no es podran adjudicar a les mateixes empreses adjudicatàries dels respectius contractes, ni a les empreses vinculades.

Les prohibicions de contractar estan regulades a l'art. 71º LCSP.

L'exigència de solvència, d'acord amb l'article 74 LCSP ho és per tots els contractes que se celebrin amb el sector públic. Les condicions mínimes de solvència s'hauran d'indicar a l'anunci de licitació, i en el plec del contracte. La solvència es substitueix per la classificació, quan aquesta sigui exigible.

Requeriran de classificació, d'acord amb l'art. 77 LCSP, les empreses per contractar l'execució d'obres d'un valor estimat igual o superior a 500.000 €. Amb la seva classificació, s'acrediten les condicions de solvència per contractar. Pels contractes

³ a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio. La prohibición de contratar alcanzará a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquellas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada en este apartado.

d'obra d'un import inferior, la classificació en el grup o subgrup objecte del contracte, també acreditarà la solvència econòmica, financera i tècnica.

Pels contractes de serveis no es requereix classificació. No obstant, els plecs poden preveure requisits mínims de solvència en els termes previstos als articles 87 i 90 LCSP o en termes de grup o subgrup de classificació i categoria mínima exigible.

En la resta de contractes no s'exigirà classificació.

Tampoc s'exigeix classificació als empresaris no espanyols d'Estats membres de la Unió Europea o d'Estats signataris de l'Acord sobre l'espai econòmic Europeu.

Els mitjans d'acreditació de solvència econòmica financera i tècnica estan regulats als articles 87 a 91. No obstant pels contractes no subjectes a regulació harmonitzada, a més dels documents especificats en els esmentats articles, es podran admetre altres mitjans de prova. L'article 87 preveu els mitjans d'acreditació de la solvència econòmica i financera. Els articles 88 a 91, preveuen els mitjans d'acreditació de la solvència tècnica, individualitzada per a cada tipus de contracte.

Pel que fa als mitjans específics de solvència econòmica i financera previstos per a potenciar les PIME, són els següents:

- El volum anual de negocis en l'àmbit al qual es refereix al contracte, referit al millor exercici dins els tres últims. El mínim anual exigít no pot ser superior a una vegada i mitja el valor estimat del contracte, excepte en supòsits justificats.
- Possibilitat que l'òrgan de contractació exigeixi que el període mig de pagament a proveïdors de l'empresari, si es tracta d'una societat que no pugui presentar compte de pèrdues i guany abreujada, no superi els límits previstos a la normativa de morositat⁴.

En l'anunci de licitació i en els plecs s'especificaran els mitjans admesos per acreditar la solvència econòmica i financera, així com els requisits mínims d'aquesta i de la solvència

⁴ Artículo 258 Cuenta de pérdidas y ganancias abreviada (TRLSC)

1. Podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:

- a) Que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros.
- b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros.
- c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta.

Las sociedades perderán la facultad de formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior.

2. En el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias expresadas en el apartado anterior.

tècnica i professional, concretant magnituds, paràmetres o ràtios, l·lindars o rangs de valors que poden determini l'admissió o exclusió dels candidats (88.3, 89.3, 90.2 LCSP)

L'article 96 LCSP, preveu que la inscripció en el Registre oficial de licitadors i empreses classificades del sector públic (o el corresponent d'una Comunitat Autònoma), acrediten les condicions de capacitat i solvència que hi constin.

7.- Objecte del contracte. Fraccionament.

D'acord amb l'art 99 LCSP, l'objecte del contracte ha de ser determinat, i no es pot fraccionar amb l'objectiu de disminuir-ne la quantia per eludir requisits de publicitat o relatius al procediment d'adjudicació.

No obstant, i en aplicació de l'objectiu de potenciar les PYME, si la naturalesa del contracte permet la seva divisió en lots de realització independent, s'haurà de preveure aquesta divisió, i fins i tot reservar-ne algun per centres especials d'ocupació d'iniciativa social o a empreses d'inserció. No obstant, i amb excepció dels contractes de concessió d'obres, es pot acordar no dividir en lots l'objecte del contracte quan existeixin motius vàlids degudament justificats. Entre aquests, l'article 99.3 LCSP, preveu:

- Que la divisió en lots comportés un risc a la restricció de la competència. En aquest cas s'haurà de sol·licitar informe a l'autoritat de defensa de la competència corresponent.
- Que la realització independent dels lots dificultés la correcta execució del contracte des d'un punt de vista tècnic, o que suposi un risc per a la correcta execució del contracte.

En el cas de divisió en lots, es podrà limitar el número de lots als que pot optar un candidat, així com els que es puguin adjudicar a un licitador.

II.- LA PREPARACIÓ DELS CONTRACTES DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES

1.- Consultes preliminars.

La Directiva 2014/24/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 27 de febrer de 2014, sobre la contractació pública (Directiva de Contractació en endavant), regula la preparació del contracte en els seus articles 40 i següents.

L'article 40 regula la possibilitat d'efectuar consultes preliminars al mercat abans d'iniciar un procediment de contractació, per tal de preparar-lo, i informar als operadors econòmics dels seus plans i requisits de contractació. Per això podran, a títol d'exemple, sol·licitar o acceptar l'assessorament d'autoritats independents o de participants en el mercat. Aquest assessorament en cap cas podrà falsejar la competència ni suposar vulneracions als principis de no discriminació i transparència, i s'hauran d'adoptar les mesures necessàries per assegurar-ho (comunicació a la resta de candidats)

Aquestes consultes també estan previstes a l'article 115 LCSP. Abans d'iniciar-se la consulta l'òrgan de contractació ha de publicar en el perfil del contractant, el seu objecte, quan s'iniciarà, les denominacions dels tercers que hi participin, per tal que hi puguin efectuar aportacions tots els interessats. També es publicaran els motius de la elecció dels assessors externs.

De les consultes efectuades no se'n podrà desprendre un objecte contractual concret, que s'ajusti a les característiques tècniques d'un dels consultats.

L'òrgan de contractació haurà de redactar un informe amb les actuacions realitzades, que formarà part de l'expedient de contractació.

2.- L'expedient de contractació

La celebració de contractes per part de les administracions públiques requereix la tramitació del corresponent expedient.

El contingut mínim que ha de tenir qualsevol expedient de contractació és:

- Justificació de la necessitat i idoneïtat del contracte
- En el cas que l'execució del contracte requereixi la cessió de dades s'ha d'especificar la finalitat del tractament de les dades que se cedeixin.
- Plec de clàusules administratives particulars.
- Plec de prescripcions tècniques.
- Document descriptiu en el supòsit que el procediment d'adjudicació sigui el diàleg competitiu.
- Certificat d'existència de crèdit i fiscalització prèvia per part de la intervenció. Pel que fa a aquest requisit, s'ha de tenir en compte que l'article 39.2.b LCSP preveu com a causa de nul·litat de ple dret la manca o insuficiència de crèdit.
- Justificació de l'elecció del procediment d'adjudicació, de la classificació exigida, dels criteris de solvència, dels criteris d'adjudicació, del valor estimat del contracte, de les necessitats que es pretenen satisfer i la seva relació amb l'objecte del contracte, de la insuficiència de mitjans en els contractes de serveis, i de la decisió de no dividir en lots l'objecte del contracte.

L'acord d'aprovació de l'expedient ha de ser motivat i s'ha d'efectuar per part de l'òrgan de contractació. La resolució aprovant l'expedient, ha de disposar també l'inici del procediment d'adjudicació i comporta aprovació de la despesa. No obstant, l'article 117 LCSP preveu dues excepcions a l'automatisme de l'aprovació de la despesa:

- Quan es tracti de contractes en relació als quals no s'hagi pogut fixar prèviament el pressupost, i aquest s'hagi de presentar pel licitador.
- Que es prevegi una altra cosa a les normes de desconcentració o de delegació. En aquest cas, l'aprovació l'haurà de fer l'òrgan competent.

El segon apartat de l'article 117 LCSP preveu el supòsit de tramitació, adjudicació i fins i tot formalització d'un contracte l'execució del qual s'iniciï durant l'exercici següent. En aquest cas es poden comprometre crèdits amb les limitacions previstes a les normes

pressupostàries de les administracions públiques. El plec de clàusules administratives particulars haurà de contenir la condició suspensiva d'existència de crèdit per finançar les obligacions que es derivin del contracte. El punt 2 de la D.A. 3a LCSP estableix que es poden tramitar anticipadament els contractes que es prevegin executar durant l'exercici següent, o que es financin mitjançant un préstec, un crèdit o una subvenció sol·licitada, sotmetent l'adjudicació a la condició suspensiva de l'efectiva consolidació dels recursos que han de finançar el contracte

3.- Contractes menors

Es consideren contractes menors:

- Contractes d'obres d'import inferior a 40.000 €.
- Altres contractes: Import inferior a 15.000 €.

La única excepció a la tramitació d'expedient previ són els contractes menors. D'acord amb l'art. 118 LCSP, la tramitació de l'expedient tant sols requereix l'informe de l'òrgan de contractació motivant la necessitat del contracte, l'aprovació de la despesa i la incorporació de la factura. En els d'obres, també s'haurà d'incorporar l'oportú projecte i informe de supervisió (en aquest cas quan el treball afecti a l'estabilitat, seguretat o estanquitat de l'obra).

En l'expedient s'ha de justificar que no s'altera l'objecte del contracte per tal d'evitar les regles sobre contractació. Per RDL 3/2020, s'ha suprimit el requisit que el contractista no hagués subscrit més contractes menors que individualment o conjuntament superessin l'import màxim dels contractes menors.

Així doncs, es formalitzen mitjançant:

- Motivació de la necessitat
- Motivació sobre objecte i justificació que no se s'altera el seu objecte per evitar l'aplicació dels procediments d'adjudicació
- Aprovació pressupost o projecte
- Aprovació despesa.
- Incorporació factura

Per tant, no es requereix la seva formalització en document administratiu.

Els contractes menors s'han de publicar en el perfil del contractant.

L'aprovació del pressupost o projecte requerirà els tràmits necessaris per aquests, així com la seva prèvia supervisió.

L'aprovació de la despesa suposa:

- Existència de crèdit adequat i suficient
- Fiscalització prèvia.

- Aprovació de la despesa per l'òrgan competent.

La instrucció de l'Oficina Independent de Regulació i supervisió de la Contractació (OIRESCON)

Reprodueixo l'informe efectuat per la Secretaria General de l'Ajuntament de Tarragona:

Al BOE de 07 de març de 2019 passat, s'ha publicat la Resolució de 6 de març de 2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, per la que es publica la Instrucció 1/2019, de 28 de febrer, sobre contractes menors, regulats en la Llei 9/2017, de 8 de novembre.

Segons s'indica al preàmbul de la instrucció, la mateixa es dicta a l'empara de l'article 332.7, lletra d) de la Llei 9/2017 i de l'article 6 de la Llei 40/2015 de regim jurídic del sector públic

Pel que fa al seu àmbit d'aplicació estableix que:

“VII. Obligatoriedad

La presente Instrucción será obligatoria para todos los órganos de contratación del sector público del Estado y deberá ser tomada en cuenta para la tramitación del expediente.”

Les diferents opinions doctrinals que han sorgit publicades en els darrers dies en relació al citat àmbit tampoc són unànimes, existint opinions totalment divergents. Així doncs tant ens trobem amb opinions jurídiques que avalen l'aplicació de la instrucció únicament a l'Administració General de l'Estat (Silvia Diez Sastre i Rafael Jimenez Asensio) com aquelles opinions que manifesten que la instrucció, atenent a la naturalesa de la OIRESCON, és d'aplicació obligatòria a tot el sector públic, incloent per tant l'administració autonòmica i local (J.M. Gimeno Feliu i J.A. Moreno Molina)

En tant que l'Ajuntament va regular, mitjançant instrucció de l'Alcaldia de març de 2018 la seva pròpia instrucció sobre l'aplicació de l'article 118 de la LCSP i la tramitació dels contractes menors que, en alguns aspectes, difereix de la que ara ha aprovat l'OIRESCON, es considera necessari, fixar el criteri interpretatiu d'aquesta Secretaria General al respecte.

II.- FONAMENTS JURÍDICS

L'article 332 de la LCSP indica que:

1. *Es crea l'Oficina Independent de Regulació i Supervisió de la Contractació com a òrgan col·legiat dels que preveu l'article 19 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, amb la finalitat de vetllar per l'aplicació correcta de la legislació i, en particular, promoure la concurrència i combatre les il·legalitats, amb relació a la contractació pública. L'Oficina ha d'actuar en l'exercici de la seva activitat i el compliment dels seus fins amb plena independència orgànica i funcional*

Pel que fa a les seves funcions, estableix l'apartat 6

6. Corresponen a l'Oficina Independent de Regulació i Supervisió de la Contractació les funcions següents:

a) Coordinar la supervisió en matèria de contractació dels poders adjudicadors del conjunt del sector públic.

b) Vetllar per l'aplicació correcta de la legislació de la contractació pública a l'efecte de detectar incompliments específics o problemes sistèmics.

c) Vetllar pel compliment estricte de la legislació de contractes del sector públic i, de manera especial, pel respecte als principis de publicitat i concurrència i de les prerrogatives de l'Administració en la contractació.

d) Promoure la concurrència en la contractació pública i el seguiment de les bones pràctiques.

e) Verificar que s'apliquin amb la màxima amplitud les obligacions i bones pràctiques de transparència, en particular les relatives als conflictes d'interès, i detectar les irregularitats que es produeixin en matèria de contractació. En cas que l'Oficina tingui coneixença de fets constitutius de delictes o infracció en l'àmbit estatal, autonòmic o local, n'ha de donar trasllat immediat, en funció de la seva naturalesa, a la fiscalia o òrgans judicials competents, o a les entitats o òrgans administratius competents, inclosos el Tribunal de Comptes i la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència.

En exercici de les funcions que preveu l'apartat anterior, l'Oficina Independent de Regulació i Supervisió de la Contractació, pot, segons estableix l'apartat 7 lletra d), pel que aquí interessa:

d) Pot aprovar instruccions i fixar les pautes d'interpretació i d'aplicació de la legislació de la contractació pública, així com elaborar recomanacions generals o particulars als òrgans de contractació, si de la supervisió desplegada es dedueix la conveniència de solucionar algun problema, obstacle o circumstància rellevant a l'efecte de donar satisfacció als fins justificadors de la creació de l'Oficina. Les instruccions i les recomanacions s'han de publicar. Sense perjudici del que disposa l'article 6 de la Llei 40/2015, de règim jurídic del sector públic, les instruccions de l'Oficina Independent de Regulació i Supervisió de la Contractació són obligatòries per a tots els òrgans de contractació del sector públic de l'Estat

Finalment, el propi apartat 12 de l'article 332 admet la possibilitat que les administracions autonòmiques creïn les seves pròpies oficines independents d'avaluació.

La confusió la genera la terminologia utilitzada, tant per la LCSP, com per la mateixa instrucció: "sector públic de l'Estat". El cert és que aquesta expressió no està ni definida ni desenvolupada en el nostre ordenament jurídic, on es parla d'una banda de sector públic (per exemple la Llei 40/2015, de règim jurídic del sector públic, o la mateixa LCSP), o d'administració general de l'Estat. I pel que fa al sector públic, o es fa referència genèrica al mateix (les lleis esmentades), o

es concreta entre el sector públic de l'administració general de l'estat, de les comunitats autònomes o dels ens locals. Però en cap cas, ni la normativa ni la doctrina utilitza el concepte "sector públic de l'Estat". O sigui, o s'utilitza el concepte "sector públic", per referir-se al conjunt del sector públic de l'Estat Espanyol, o s'utilitzen els conceptes "sector públic de l'administració general de l'estat", "sector públic autonòmic" o "sector públic local".

Així doncs, s'ha d'efectuar una interpretació del que el legislador vol (o pot) dir quan es refereix a "sector públic de l'Estat".

Veiem d'entrada com, mentre en alguns altres paràgrafs del propi article si que es fa menció expressa al "conjunt de tot el sector públic", la lletra d) quan parla de les instruccions es refereix al sector públic "de l'Estat". Per tant, la primera conclusió atenent al sentit literal de l'articulat és que les seves instruccions no s'apliquen al "conjunt de tot el sector públic" sinó només al sector públic de l'administració general de l'Estat i, en la mesura que no existeix normativament una referència a tot el sector públic com a sector estatal o sector públic de l'estat no es pot pretendre que sota aquesta denominació de "sector públic de l'Estat" s'atorguin prerrogatives a aquest organisme sobre òrgans territorials sobre els que no té una relació de jerarquia en tant que fer-ho conculcaria el principi constitucional de distribució de competències entre l'Estat i les Comunitats Autònomes, o el principi d'autonomia local.

Si interpretem contextualment l'apartat d) podríem entendre que, aquesta capacitat de dictar instruccions a un òrgan respecte del que no té una relació de jerarquia només podria resultar admissible en el marc d'una activitat puntual d'avaluació sobre algun d'aquests òrgans, tal com diu el propi precepte, "*...si de la supervisió desplegada es dedueix la conveniència de solucionar algun problema, obstacle o circumstància rellevant a l'efecte de donar satisfacció als fins justificadors de la creació de l'Oficina...*", és a dir, només per solucionar aquest problema puntual s'atorgaria a l'OIRESCON la potestat de dictar una instrucció puntual, com a proposta correctiva però no com a potestat executiva sobre un òrgan jeràrquicament inferior i es en aquest sentit que hauríem d'entendre referida la referència que efectua el precepte a "*... sens perjudici del previst a l'article 6 de la Llei 40/2015...*"

Per tant, no li reconeix l'article la capacitat general de dictar instruccions de caire general com la que ara ha dictat, com si d'un òrgan jeràrquicament superior es tractes sinó recomanacions o instruccions correctives en l'únic cas que de la supervisió desplegada es dedueix la conveniència de solucionar algun problema.

Però al marge d'aquesta interpretació literal, la resolució de la controvèrsia envers l'aplicabilitat o no d'aquesta instrucció més enllà de l'Administració General de l'Estat deriva de la pròpia constitució que estableix el principi d'autonomia de les diferents organitzacions territorials de l'estat i a l'absència de relació de jerarquia entre les diferents administracions que integren l'organització territorial de l'estat

I és aquí on resulta important recordar l'àmbit propi de les instruccions segons l'article 6 de la Llei 40/2015, de règim jurídic del sector públic

Artículo 6. Instrucciones y órdenes de servicio.

1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio. Cuando una disposición específica así lo establezca, o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el boletín oficial que corresponda, sin perjuicio de su difusión de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

2. El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir.

Tenint en compte que la pròpia naturalesa de les instruccions suposa una relació jeràrquica amb els qui s'aplica, l'absència de relació jeràrquica entre les diferents administracions territorials implica la impossibilitat que qualsevol d'elles dicti instruccions que resultin d'aplicació a les altres.

En aquest sentit Silvia Diez Sastre (<http://www.idluam.org/blog/la-obligatoriedad-de-las-instrucciones-de-la-oirescon/>) indica que

“El legislador solo utiliza la expresión “sector público del Estado” en el precepto transcrito, de carácter básico. En el resto del texto legal se emplea la idea de “sector público estatal” cuando se quiere regular exclusivamente para la Administración General del Estado. Esto no significa necesariamente, sin embargo, que el legislador se refiriera a la obligatoriedad de estas instrucciones para todo el sector público, en los distintos niveles de poder. La obligatoriedad de estas instrucciones debe ponerse en relación con el marco del sistema de distribución territorial del poder contenido en la Constitución. En esa clave, las instrucciones de un órgano del Estado no podrían vincular a las Administraciones autonómicas y locales. Se ha planteado, sin embargo, la interpretación contraria en la comunidad jurídica: que las instrucciones de la OIRESCON vinculan a todos en la medida en que se emplea la expresión “sector público del Estado”.

Ahora que se pone en práctica el modelo diseñado por el legislador en la LCSP, hay que analizar por qué una interpretación que obligue a seguir las instrucciones de la OIRESCON por todo el sector público no es compatible con el sistema constitucional de distribución de competencias” Para ello hay que analizar la regulación de las instrucciones en la LCSP, la composición y organización de la OIRESCON, así como el alcance de la competencia del Estado para dictar una regulación como la señalada:

Finalment, el propi apartat 12 de l'article 332 admet la possibilitat que les administracions autonòmiques creïn les seves pròpies oficines independents d'avaluació, per tant, a sensu contrari s'està reconeixent la no vinculació d'aquestes instruccions de la OIRESCON. En el mateix sentit opina la catedràtica de dret administratiu Silvia Diez Sastre en l'article abans citat.

Una altra vegada S.Diez Sastre indica

*c) Una razón a favor de interpretar que las instrucciones solo vinculan al sector público estatal es que la propia LCSP asume la posibilidad de que existan autoridades de supervisión designadas por las administraciones competentes en sus respectivos ámbitos territoriales. La OIRESCON debe consolidar la información que le suministren estas autoridades con el fin de elaborar un informe anual (art. 332.9 LCSP). **Si las Comunidades Autónomas pueden crear sus propios órganos de supervisión no es posible que las instrucciones de la OIRESCON sean vinculantes en todo el Estado.***

En línia amb l'anterior interpretació, Rafael Jiimenez Asenso indica (<https://hayderecho.expansion.com/2019/03/07/las-instrucciones-de-la-oficina-independiente-de-regulacion-y-supervision-de-la-contratacion/>)

“...En síntesis, la naturaleza de esa Oficina por mucho que se empeñe el legislador y se esfuerce la doctrina más autorizada no puede ir más allá de ser un órgano colegiado adscrito a la AGE, dotado de una independencia funcional “atípica”, que se plasma sobre todo en los seis años de mandato, pero que se difumina por un sistema de designación discrecional solo sometido a unos requisitos temporales de experiencia (sin otro sistema de acreditación de la profesionalidad). Sus funciones, por muy razonables que sean en su concreción, no pueden proyectarse con carácter preceptivo sobre otros niveles de gobierno que tienen reconocido constitucionalmente (como es el caso de las CCAA) competencias de desarrollo legislativo y ejecución, pues ello violentaría el principio de autonomía en una dimensión tan propia como es el de la organización institucional. Y de ello es parcialmente consciente el propio legislador tanto en la disposición final primera, apartado 4 (donde se salvaguarda el principio de auto organización de las CCAA en la extensión de lo básico) como cuando en el artículo 332.13 tiene que reconocer la evidencia: “Las Comunidades Autónomas podrán crear sus propias Oficina de Supervisión de la Contratación”. Y, en caso de que se creen, como es obvio, no podría existir entre la Oficina de la AGE y las Oficina autonómicas relación de jerarquía de ningún tipo, pues ambas son manifestaciones de la potestad de auto organización de cada nivel de gobierno. Me objetarán que, mientras no se creen, ya está la Oficina AGE para imponer criterios vinculantes, que todas las demás Administraciones Públicas deberán seguir. Y este punto del razonamiento tampoco puedo compartirlo.

.....Sin perjuicio del alcance que quepa darle a ese sintagma (“sector público del Estado”), que no aparece definido en ningún marco legal previo (aunque algunas interpretaciones lo pretenden conducir interesadamente a la noción de sector público como ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP y de la LRJSP, lo que no procede), cabe interpretar cabalmente –dentro del marco de distribución de competencias en esa materia entre Estado y CCAA- que esa expresión se refiere únicamente, en cuanto a su obligatoriedad, al sector público estatal, referencia normativa que sí encuentra pleno acomodo en la vigente LRJSP o en las leyes anuales de presupuestos generales del Estado. Lo contrario, por muy buena voluntad que se le presuma a la LCSP de perseguir la corrupción y

luchar por la integridad a través de la contratación pública, supondría una vulneración flagrante del principio de autonomía en su dimensión competencial y organizativa. Además, el principio de supletoriedad del Derecho estatal sobre el Derecho de las CCAA no puede jugar por definición en un campo como es el organizativo-institucional...”

Reforça aquestes conclusions el fet que el mateix article 332.1 LCSP, que és el que preveu la creació de l'OIRESCON, especifica que es tracta d'un òrgan col·legiat dels previstos a l'article 19 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre de règim jurídic del sector públic. Aquest article regula el règim dels òrgans col·legiats de l'Administració General de l'Estat i de les Entitats de dret públic vinculades o dependents d'aquella, i s'insereix en la Subsecció segona de la Secció tercera del capítol II del Títol Preliminar de la llei, que fa referència als òrgans col·legiats a l'Administració general de l'Estat.

Si s'hagués volgut fer referència a altres òrgans col·legiats, segurament no s'hagués remès a l'article 19 de la llei, sinó als articles 15 a 18, que regulen el funcionament general de tots els òrgans col·legiats del sector públic. És evident que un òrgan col·legiat de l'Administració General de l'Estat no pot dictar instruccions obligatòries als òrgans de les comunitats autònomes o de les entitats que integren l'administració local, en base al principi de competència abans esmentat, ja que en cap cas existeix una situació de dependència o subordinació de les últimes en relació a les primeres, i que cas d'existir, hauria de comptar amb la corresponent habilitació legal, i en l'exercici de les competències que atribueix la Constitució Espanyola a l'Estat. I l'Estat té la competència de legislació bàsica sobre contractes, d'acord amb l'article 149.1.18. Atribució que no incorpora (ni entenem que pot incorporar) la facultat de crear òrgans que dictin instruccions obligatòries en interpretació d'aquesta normativa bàsica.

III.- CONCLUSIONS

En conseqüència, la interpretació de la norma no pot ser d'altra manera que la mateixa tingui encaix en el sistema competència dissenyat per la Constitució, fet que ens fa concloure que quan la Llei es refereix a l "sector públic de l'Estat", ho és a "l'administració general de l'Estat"

De tot l'anterior, es pot concloure doncs que :

- No resulta d'aplicació a l'Ajuntament de Tarragona la Instrucció aprovada per l'OIRESCON, publicada al BOE de 07 de març de 2019
- Pel que fa a la regulació dels contractes menors cal estar a la instrucció aprovada per l'alcaldia el 21 de març de 2018, en tant aquesta no es modifiqui.

4.- Tramitació dels expedients de contractació. Classes

Els expedients, pel que fa a la seva tramitació, poden ser:

- Ordinaris
- Urgents
- D'emergència

4.1.- Tramitació Urgent.

Expedients de contractació que responguin a:

- Una inajornable necessitat
- o l'adjudicació dels quals convé accelerar per raons d'interès públic.

La Jurisprudència del TS ha aclarit molt bé aquest concepte, especificant que no pot ser urgent el que abans no ho era. Ho sigui, el que s'hagués pogut fer correctament.

La declaració d'urgència ha de ser motivada i l'ha d'efectuar l'òrgan de contractació. És un concepte diferent al de imperiosa urgència que justifica el procediment negociat.

Normes especials:

- Preferència en la seva tramitació. El termini per emetre informes o efectuar tràmits per part dels òrgans que intervinguin és de 5 dies.
- Reducció a la meitat dels terminis de licitació i adjudicació. Això amb les següents excepcions:
 - El termini per a la formalització dels contractes susceptibles de recurs especial en matèria de contractació, que s'haurà de respectar el termini de 15 dies hàbils a comptar des de la notificació de l'adjudicació als licitadors
 - Pel que fa a contractes subjectes a regulació harmonitzada:
 - Procediments oberts, als terminis d'informació i presentació de proposicions previstos als articles 156.b.23 LCSP: 15 dies
 - Procediments Restringits i de licitació amb negociació, el termini de presentació de sol·licituds de participació es pot reduir fins a 15. El termini de presentació de proposicions es pot reduir fins a 10 dies (articles 161.1 i 164.1.b)
 - Els terminis de presentació de sol·licituds i proposicions en els procediments de diàleg competitiu i d'associació per la innovació subjectes a regulació harmonitzada.
 - El termini per facilitar informació suplementària sobre els plecs que sol·licitin els candidats, es redueix a 4 dies.
 - Els terminis previstos pel procediment obert simplificat.

En cap cas la reducció de terminis s'aplicarà a l'adjudicació de contractes de concessió d'obra o concessió de serveis subjectes a regulació harmonitzada.

- El termini d'inici del contracte no pot ser superior a 1 mes des de la data de la seva formalització.

4.2.- Tramitació d'emergència

Es pot utilitzar la tramitació d'emergència quan es tracti d'actuacions immediates a causa

de:

- Esdeveniments catastròfics.
- Situacions que suposin greu perill
- Necessitats que afecten a la defensa nacional.

Òrgans facultats: El Ple i el President de la Corporació. En aquest últim cas, n'ha de donar compte al Ple en la primera sessió que celebri.

Especificitats:

- Contractació sense obligació de tramitar expedient administratiu.
- Possibilitat de contractació verbal
- No necessitat d'existència de crèdit
- Efectuades les actuacions excepcionals, s'haurà de fiscalitzar i aprovar la despesa.
- Es pot acordar l'inici del contracte encara que no s'hagi formalitzat, si ja s'ha constituït la garantia definitiva

L'inici de la prestació objecte del contracte no pot ser superior a un mes des de l'adopció de l'oportú acord. En altre cas, s'haurà de tramitar per procediment ordinari.

D'acord amb l'article 117 del Text Refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local, aprovat per Real Decret Legislatiu 781/1986, de 18 d'Abril (TRRL), de forma simultània a la realització de les obres, serveis o subministraments d'emergència, s'autoritzarà el lliurament de fons necessaris amb el caràcter de "a justificar", sense perjudici d'iniciar l'oportú expedient de modificació de crèdits, si és necessari. A partir d'aquí les opcions seran, depenent de l'existència o no de consignació pressupostària, s'haurà de fer alguna de les següents actuacions:

- Realitzar l'oportuna retenció de crèdit, que es justificaria amb l'oportú document comptable RC
- Acreditació d'incoació d'expedient de modificació de crèdit. En el nostre cas aquesta acreditació pot variar, depenent de les Bases d'execució del pressupost aprovades per cada corporació. Però en la major part dels cassos n'hi haurà prou amb una memòria, proveïment o Decret d'alcaldia.

5.- Plecs de clàusules administratives i prescripcions tècniques.

A l'expedient s'hi hauran d'incorporar els PCAs i PPTs, excepte quan el procediment d'adjudicació sigui el diàleg competitiu, en el qual se substituiran pel document descriptiu.

Els articles 121 i següents regulen les qüestions genèriques pel que fa referència a PCA generals i particulars, PPT, i condicions especials (de tipus mediambiental i social).

5.1.- Plecs de clàusules administratives generals: Art. 121 LCSP i 278 TRLMC

S'ha de tenir present que la Llei 16/2015, de 21 de juliol, de simplificació administrativa de l'administració de la Generalitat i dels Governos Locals de Catalunya i d'impuls de l'activitat econòmica, ha derogat, entre d'altres, els articles 273 a 281 TRLMC, que regulaven la contractació dels ens locals de Catalunya.

En conseqüència, la única normativa d'aplicació en aquests moments en matèria de contractació als ens locals catalans, és la que es desprèn de la normativa estatal.

L'article 121.2 LCSP preveu que els ens que integren l'administració local poden aprovar plecs de clàusules administratives generals. Com a tràmit necessari es requereix dictamen previ de la Comissió Jurídica Assessora (regulada per Llei 5/2005, de 2 de maig), com a òrgan equivalent a Catalunya al Consell d'Estat. Aquest informe és preceptiu, però no vinculant.

El seu contingut i característiques estan descrits al Reglament General de la Llei de Contractes del Sector Públic, aprovat per R.D. 1098/2001, de 12 d'octubre (RGLCSP). D'acord amb els seu article 66, han de contenir les declaracions jurídiques, econòmiques i administratives que seran d'aplicació als contractes d'un objecte anàleg.

Aquests hauran de referir-se al menys als següents aspectes:

- Execució del contracte i les incidències d'aquest.
- Drets i obligacions de les parts i règim econòmic.
- Modificacions del contracte, amb indicació dels supòsits i dels límits.
- Causes de resolució del contracte.
- La conclusió del contracte, les recepcions, el termini de garantia i la liquidació.

Pel que fa al procediment d'aprovació, el TRLMC remetia al procediment d'aprovació de les ordenances locals, incorporant el tràmit de l'informe previ de la Comissió Jurídica Assessora. No obstant, tots els articles que regulaven la contractació dels ens locals al TRLMC, han estat derogats per la llei 16/2015. En conseqüència, no existeix cap norma concreta que n'especifiqui el procediment d'aprovació, més enllà de la necessitat de l'informe previ abans esmentat, i de la D.A. 2ona LCSP, que especifica que la seva aprovació correspon al Ple.

Davant la manca de previsió normativa expressa, haurem d'analitzar quina és la naturalesa jurídica dels plecs de clàusules administratives generals, per poder concloure qui seria el procediment aplicable. O sigui, si la seva naturalesa es de norma jurídica, s'hauria de tramitar com una ordenança local. En altre cas, no. La doctrina no és pacífica en aquesta qüestió, existint les dues postures.. El Consell d'Estat defensa la seva naturalesa de norma jurídica, i la Junta Consultiva de Contractació Administrativa li nega. Davant aquesta disparitat de criteris, i tenint en compte que el legislador català va regular els plecs de clàusules administratives generals com a ordenances locals, el més prudent és aplicar per a la seva aprovació idèntic procediment. En conseqüència, el procediment d'aprovació serà el mateix que les ordenances locals (amb el requisit de l'informe previ de la Comissió Jurídica Assessora):

- Aprovació inicial pel Ple (Atribució no delegable).

- Exposició pública per un termini de 30 dies mitjançant anuncis inserits en el B.O.P. i en el D.O.G.C., en un mitjà de comunicació escrita diària i en el tauler d'anuncis.
- Aprovació definitiva.
- Publicació del text íntegre en el B.O.P.
- Tramesa en el termini de 15 dies a l'Administració de l'Estat i de la Generalitat.

Es necessari l'informe del Secretari i de l'Interventor abans de l'aprovació inicial i de la definitiva.

Els acords d'aprovació inicial i definitiva s'adoptaran per majoria simple.

Els Plecs de clàusules administratives particulars no poden modificar els generals, però si desplegar-los amb clàusules noves, fins i tot, si es justifica, preveure clàusules contradictòries, o no aplicar-ne algunes.

En el cas d'aprovar Plecs de clàusules generals, els particulars s'hauran de referir als aspectes concrets de cada contracte: objecte, tipus de licitació, criteris d'avaluació si és el cas, classificació requerida i forma de selecció bàsicament.

L'aprovació de plecs generals assegura una agilitat important i desitjable en qualsevol procediment de contractació.

5.2.- Plecs de clàusules administratives particulars:

Inclouen els pactes i les condicions específiques definidors dels drets i obligacions que assumeixen les parts contractants.

En qualsevol cas, els plecs de clàusules administratives particulars s'han d'aprovar abans de la licitació del contracte o de l'adjudicació en el cas que aquella no existeixi i prèvia o conjuntament a l'autorització de la despesa. Només es poden modificar per error material, de fet o aritmètic. En altre cas, comporta la retroacció d'actuacions.

En els PCA particulars s'hi inclouran:

- Els criteris de solvència i adjudicació del contracte
- Les consideracions socials, laborals i ambientals que s'estableixin (ja sigui com a criteris de solvència, d'adjudicació o de condicions especials d'execució).
- Pactes i condicions definidores de drets i obligacions.
- La previsió de cessió del contracte.
- L'obligació de l'adjudicatari de complir les condicions salarials dels treballadors segons conveni.
- Si es tracta d'un contracte mixt, s'ha de detallar el règim jurídic aplicable als seus efectes, compliment i extinció.
- Si s'exigirà la transferència de drets de propietat intel·lectual o industrial pel que fa als contractes de serveis.
- Poden fixar penalitats pels supòsits d'incompliment o compliment defectuós
- Preveure les obligacions contractuals de caràcter essencial.

- Quan l'execució del contracte requereixi el tractament de dades personals, s'ha de fer constar:
 - La finalitat per a la qual se cediran les dades
 - L'obligació del contractista de sotmetre's a la normativa nacional i de la Unió Europea en matèria de protecció de dades
 - L'obligació de l'empresa adjudicatària de presentar abans de la formalització del contracte una declaració en la que posi de manifest on s'ubicaran els servidors i des d'on es prestaran els serveis associats als mateixos, això com l'obligació de comunicar qualsevol canvi que es produeixi.
 - Obligació dels licitadors d'indicar a l'oferta si tenen previst subcontractar els servidors o serveis associats als mateixos, el nom o perfil professional, definit per referència a les condicions de solvència professional o tècnica, dels subcontractistes als que s'encarregui la seva realització
- Preveure com a obligacions essencials les descrites pel que fa a tractament de dades.
- La resta de qüestions requerides per la llei i normativa d'aplicació

Serà competent per a la seva aprovació l'òrgan competent per a la contractació.

Es preceptiu l'informe del Secretari i de l'Interventor abans de la seva aprovació.

5.3.- Plecs de prescripcions tècniques particulars (arts. 123 i ss.)

S'han d'aprovar abans o conjuntament amb l'aprovació de la despesa i abans de la licitació del contracte.

Són documents que contenen les prescripcions tècniques que han de regir la realització de la prestació i defineixen qualitats, condicions socials i ambientals.

Només es poden modificar per error material, de fet o aritmètic. En altre cas, comporta la retroacció d'actuacions.

Les prescripcions tècniques han de proporcionar als empresaris l'accés en condicions d'igualtat al procediment de contractació, i no poden general obstacles injustificats a la competència en la contractació.

Quan l'objecte del contracte hagi de ser utilitzat per persones físiques, les prescripcions tècniques s'han de redactar tenint en compte:

- la Convenció de les Nacions Unides sobre els drets de les persones amb discapacitat
- Criteris Accessibilitat universal i disseny per a tothom.
- Criteris de sostenibilitat i protecció ambiental.

Les prescripcions tècniques es poden definir d'alguna de les següents formes (art. 126.5):

- a) En termes de rendiment o d'exigències funcionals. Si el contracte pot afectar el medi ambient, a les exigències funcionals s'hi han d'incorporar les característiques mediambientals.
- b) Fent referència a (per ordre de prelación):
 - Especificacions tècniques contingudes en normes nacionals que incorporin normes europees.
 - Avaluacions tècniques europees.
 - Especificacions tècniques comunes.
 - Normes internacionals.
 - Altres sistemes de referències tècniques elaborats per organismes europeus de normalització.
 - Normes nacionals.
 - Documents d'idoneïtat tècnica nacionals.
 - Especificacions tècniques nacionals en matèria de projecte, càlcul i realització d'obres i posada en funcionament de productes, o equivalents.
- c) En termes de rendiment o d'exigències funcionals, fent referència, com a mitjà de presumpció de conformitat a les especificacions especificades en el punt anterior..
- d) Fent referència a les especificacions tècniques de l'apartat "b" per algunes característiques, i al rendiment o exigències funcionals per altres.

L'art. 127 regula les condicions especials de l'execució del contracte, que es poden referir a consideracions de tipus mediambiental o de tipus social (inserció laboral de persones amb dificultats, igualtat de gènere, respecte a drets laborals bàsics, ...). En aquest cas es podrà exigir, en les prescripcions tècniques, els criteris d'adjudicació o les condicions d'execució del contracte, una etiqueta específica com a mitjà de prova, etiquetes de tipus mediambiental o social.

Quan per norma, conveni o acord s'imposi l'obligació de subrogar-se en determinades relacions laborals, s'haurà de facilitar als licitadors la informació sobre les condicions dels contractes dels treballadors afectats, per permetre una exacta avaluació dels costos laborals.

6.- Condicions especials d'execució del contracte.

L'article 202 LCSP fa referència condicions de caràcter social, ètic, mediambiental o d'altre ordre. Aquestes sempre han d'estar vinculades a l'objecte del contracte, no han de ser discriminatòries, han de ser compatibles amb el dret comunitari i s'han d'indicar en els plecs i en l'anunci de licitació.

El cas que l'execució del contracte impliqui la cessió de dades, s'haurà d'establir una condició especial d'execució del contracte que faci referència a l'obligació del contractista de sotmetre's a la normativa nacional i de la Unió Europea en matèria de protecció de dades, advertint al contractista que es tracta d'una obligació essencial de conformitat amb el que preveu l'article 211.1.f, i que per tant, el seu incompliment, pot ser causa de resolució del contracte.

Al menys serà obligatori incloure en els plecs administratius alguna de les següents condicions especials d'execució:

- Condicions de tipus mediambiental que persegueixin:
 - La reducció d'emissions de gasos d'efecte hivernacle
 - El manteniment o millora dels valors mediambientals afectats per l'execució del contracte
 - Una gestió més sostenible de l'aigua
 - Foment de l'ús d'energies renovables.
 - Promoció del reciclatge de productes i ús d'envasos reutilitzables.
 - Impuls de l'entrega de productes a granel
 - La producció ecològica.
- Consideracions de tipus socials o relatives a l'ocupació:
 - Fer efectius els drets reconeguts a la Convenció de les Nacions Unides sobre els drets de les persones amb discapacitat.
 - Contractar un nombre de persones amb discapacitat superior al que exigeix la legislació nacional.
 - Promoure l'ocupació de persones amb especials dificultats d'inserció en el mercat laboral, en particular les persones amb discapacitat o en situació de risc d'exclusió social a través d'empreses d'inserció.
 - Eliminar les desigualtats entre homes i dones
 - Afavorir la major participació de la dona en el mercat laboral i la conciliació del treball i la vida familiar.
 - Combatre l'atur, especialment el que afecta a joves, dones i el de llarga durada.
 - Afavorir la formació en el lloc de treball.
 - Garantir la seguretat i la protecció de la salut en el lloc de treball.
 - Mesures per prevenir la sinistralitat laboral.
 - Garantir el respecte als drets laborals bàsics

Els plecs poden posar penalitats per l'incompliment d'aquestes obligacions, remetent-se a les previstes per l'incompliment defectuós a l'article 192.1. També es poden preveure com a condicions essencials d'execució, fet que pot suposar causa de resolució del contracte, o ser considerats com a infracció greu, als efectes de l'article 71.2.c, que regula supòsits de prohibició de contractar,

III.- L'ADJUDICACIÓ DELS CONTRACTES.

1.- Admissió de variants o millores

Regulada a l'art. 142. S'ha de preveure expressament en el PCA, i només en el cas que en l'adjudicació es tinguin en compte altres criteris a part del preu. Aquesta possibilitat s'ha de fer constar a l'anunci de licitació.

S'ha de fer constar als plecs, en relació a les variants, els requisits mínims, modalitats i característiques, i la seva necessària vinculació amb l'objecte del contracte.

En cap cas serà causa de rebuig d'una variant en un contracte de subministrament o serveis, el fet que l'únic motiu sigui que de ser elegida la variant es modificaria el tipus de contracte passant a ser serveis o subministrament respectivament.

2.- Criteris d'adjudicació

L'adjudicació dels contractes s'ha d'efectuar utilitzant una pluralitat de criteris en base a la millor relació qualitat-preu. Aquesta relació s'ha d'avaluar d'acord a criteris econòmics i qualitatius. Aquests criteris qualitatius, poden ser, entre d'altres:

- La qualitat, valor tècnic, les característiques estètiques i funcionals, l'accessibilitat, el disseny universal, les característiques socials, mediambientals o innovadores, i al comercialització i les seves condicions.
- L'organització, qualificació i experiència del personal adscrit al contracte.
- El servei postvenda i l'assistència tècnica, condicions i termini d'entrega o execució, compromisos referents a recanvis i seguretat del subministrament.

Entre les característiques socials, l'article 145.2.1, preveu:

Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato

L'aplicació de criteris d'adjudicació basats amb les millores laborals i salarials és controvertit. Un exemple és la STSJ de Madrid de 14 de març de 2019, que es mostra contrari a valorar les millores salarials, declarant nul·les les clàusules en aquest sentit, en base als següents arguments (s'ha de tenir present que la llei d'aplicació és el TRLCSP, no la Llei 9/2017):

- Falta de vinculació amb l'objecte del contracte.
- Es tracta d'un criteri discriminatori, ja que afavoreix a empreses amb major capacitat de finançament propi o aliè. També pot discriminar a les persones que treballen a una empresa, de les que treballaran a partir del nou contracte.
- Vulnera el sistema de fonts de la relació laboral. El contracte no pot ser font de drets i obligacions en les relacions laborals, d'acord amb l'article 3 de l'Estatut dels Treballadors.
- Manca de justificació del criteri.

En sentit similar es pronuncia el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, amb els següents arguments en la seva resolució 879/2019, de 31 de juliol:

El artículo 145.2 de la LCSP permite que los criterios de adjudicación que se establezcan se refieran a las finalidades de conciliación de la vida laboral,

personal y familiar, y de mejora de las condiciones laborales y salariales. Pero no dice expresamente que un criterio de adjudicación pueda referirse directamente a estas cuestiones, sino a esas finalidades, y mucho menos que permita hacerlo por encima de los umbrales mínimos establecidos legalmente.

...

Si aplicamos esa doctrina al caso objeto de este recurso, no podemos sino apreciar que el criterio impugnado, tal y como está definido en el PCAP impugnado no cumple el requisito de todo criterio de adjudicación para que pueda serlo ya que solo pueden establecerse como criterios de adjudicación aquellos criterios o consideraciones que permitan efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas (PPT). Por tanto, con cada criterio se ha de medir el rendimiento de cada oferta, respecto del objeto del contrato, objeto que se concreta en las obras, suministros y servicios a contratar para satisfacer sus necesidades, es decir, el objeto contractual en sentido estricto, que lo es la prestación concreta objeto del contrato, la obra, el suministro o el servicio a contratar, tal como se define en las especificaciones técnicas. Y no cumple ese requisito porque por sí solas las mejores condiciones salariales no mejoran la calidad de las prestaciones objeto del contrato o su rendimiento o cualidades.

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de Catalunya s'hi pronuncia en el seu informe 6/2018, de 16 de novembre de 2018, admetent-ho amb les següents condicions:

II. *L'article 145 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, preveu expressament la possibilitat d'establir, per avaluar la millor relació qualitat-preu, un criteri d'adjudicació qualitatiu que tingui per finalitat millorar les condicions salarials del personal adscrit a l'execució d'un contracte, en referència a les condicions salarials previstes en el conveni col·lectiu sectorial aplicable.*

Si bé un criteri d'adjudicació que valori les millores salarials pot estar vinculat als objectes contractuals en què la mà d'obra és un component essencial, la seva inclusió requereix justificar adequadament que obeeix a aconseguir la finalitat social de millora de la qualitat de l'ocupació que el fonamenta, de manera que cal tenir en compte, entre d'altres circumstàncies concretes del contracte, el sector de l'activitat al qual repercutirà. A més, en cap cas l'establiment d'aquest criteri pot suposar vulnerar els principis rectors de la contractació pública, motiu pel qual s'ha d'analitzar detalladament, tant la idoneïtat de la seva inclusió, com també la forma en què s'inclou en els plecs.

El Tribunal Administratiu de Contractació Pública de Madrid, en la seva resolució 33/2018, de 24 de gener, també s'hi mostra favorable. Entre d'altres motius, conclou:

El criterio de adjudicación objeto del recurso no supone un exceso sobre la función regulatoria que incumbe a los PCAP vinculada exclusivamente a la correcta ejecución del contrato y no proyecta sus efectos sobre la organización general de las empresas licitadoras imponiendo normas sobre las que carece de título competencial, respetando el derecho a la libertad de empresa y el derecho

de negociación colectiva. El PCAP impugnado contiene una mejora voluntaria en las condiciones salariales, que se puede ofertar o no, que no impone un determinado convenio colectivo, respetando el sistema de fuentes del derecho laboral, sino que valora para la determinación de cuál es la mejor oferta una mejora de la calidad del empleo en cuanto mejora la cuantía retributiva

Els criteris qualitius han d'anar acompanyats d'un criteri relacionat amb els costos. Aquest pot ser el preu, un plantejament relacionat amb la rendibilitat, o el cost del cicle de vida.

Els criteris d'adjudicació han de complir amb els següents requisits:

- Han d'estar vinculats amb l'objecte del contracte
- S'han de formular de manera objectiva, respectant els principis d'igualtat, no discriminació, transparència i proporcionalitat.
- No poden conferir a l'òrgan de contractació una llibertat de decisió il·limitada.
- Han de garantir la possibilitat que les ofertes siguin avaluades en condicions de competència efectiva. S'han d'acompanyar d'especificacions que permetin comprovar la informació per avaluar-la.

Si es preveuen millores com a criteri d'adjudicació, han d'estar suficientment especificades. O sigui, s'ha de preveure: requisits, límits, modalitats, característiques i vinculació amb l'objecte del contracte. Si els criteris de valoració que depenen d'un judici de valor tenen una ponderació superior als automàtics, la valoració de les millores no podrà ser superior al 2,5 %.

Quan es prevegi un únic criteri d'adjudicació, aquesta haurà d'estar relacionat amb els costos, que podran ser:

- El preu
- Un criteri basat en la rendibilitat
- El cost del cicle de vida.

Si s'utilitza una pluralitat de criteris, si és possible, han de tenir una major força els que es puguin valorar mitjançant xifres o percentatges obtinguts per l'aplicació de fórmules establertes en els plecs.

Si els criteris avaluables automàticament per una fórmula tenen una ponderació inferior als que depenen d'un judici de valor, en els procediments oberts i restringits, s'ha de constituir un comitè, format al menys per tres membres experts. Aquests poden pertànyer als serveis dependents de l'òrgan de contractació, però no poden estar adscrits a l'òrgan que proposa el contracte. En altre cas, es pot encomanar a un organisme tècnic especialitzat, identificat en els plecs.

Primer s'ha d'efectuar la valoració de criteris que depenen d'un judici de valor, i després els que s'avaluïn mitjançant aplicació de fórmules. Se n'ha de deixar constància documental a l'expedient.

L'article 147 regula els criteris de desempat entre ofertes, que estaran vinculats a l'objecte del contracte, que s'hauran de preveure en el plec de clàusules administratives particulars i poden referir-se a:

- Empreses que tinguin en plantilla un percentatge de treballadors amb discapacitat superior als previstos a la normativa.
- Empreses d'inserció.
- Per contractes relatius a prestacions de caràcter social o assistencial, entitats sense ànim de lucre, amb una finalitat relacionada amb l'objecte del contracte
- Organitzacions reconegudes com Organitzacions de Comerç Just.
- Empreses que incorporin mesures de caràcter social i laboral que afavoreixin la igualtat d'oportunitats entre homes i dones.

Si aplicats aquests criteris continua l'empat, es resoldrà d'acord amb els següents criteris i per aquest ordre:

- Major percentatge de treballadors amb discapacitat, en situació d'exclusió social, donant prioritat en supòsits d'igualtat el major nombre de treballadors fixos en plantilla en discapacitat o inclusió.
- Menor percentatge de contractes temporals
- Major percentatge de dones ocupades Sorteig.

3.- El cicle de vida

L'article 148 regula la descripció i càlcul del cicle de vida, com a criteri d'adjudicació. S'entén per cicle de vida totes les fases consecutives o interrelacionades que se succeeixin durant l'existència del producte, obra o servei. En toc cas especifica les següents, que seran d'aplicació fins a la seva eliminació, desmantellament o el final de la utilització:

- Investigació i desenvolupament.
- Fabricació o producció.
- Comercialització i transport
- Utilització i manteniment
- Adquisició de matèries primes necessàries.
- Generació de recursos.

Quan s'utilitzi aquest criteri d'adjudicació, en els plecs s'ha d'indicar les dades que han de facilitar els licitadors, així com el mètode que utilitzaran per determinar els costos del cicle de vida

L'article 6 DL 3/2016 fixa els criteris per determinar l'oferta econòmicament més avantatjosa:

- Preu
- Cost, tenint en compte la relació cost-eficàcia d'acord amb la totalitat de la proposició, mitjançant, si s'escau, el càlcul del cost del cicle de vida. Es pot tenir en compte la relació qualitat-preu.

Per la valoració del cicle de vida, preveu que s'han de valorar totes les fases necessàries per a l'execució del contracte, posant com a exemple les següents:

- a) Els treballs o estudis de recerca i desenvolupament.
- b) La fase de producció del bé o servei.
- c) La comercialització i el transport.
- d) L'ús del bé o servei, inclòs el consum d'energia, i els requeriments de manteniment, durant tota la vida útil, des de la compra de matèries primeres fins als costos d'eliminació i desmantellament.
- e) Les despeses d'adquisició.
- f) Els costos ambientals i energètics.

4.- Decisió de no adjudicar el contracte i desistiment:

S'ha de notificar als licitadors i informar-ne a la Comissió Europea si s'ha publicat en el DOUE.

Només es poden acordar abans de de la formalització, i s'ha de compensar als licitadors per les despeses que hagin tingut.

Decisió de no adjudicar el contracte: Per motius d'interès públic justificats. No es podrà promoure una nova licitació pel mateix objecte mentre continuïn els motius que justifiquen la renúncia.

Desistiment: Per infraccions no esmenables de les normes de preparació del contracte o del procediment d'adjudicació. Es pot iniciar un nou procediment, corregint les infraccions al·legades.

5.- Especialitats en procediments d'adjudicació que poden afectar a les condicions posteriors del contracte.

5.1.- Procediment restringit

Regulat als articles 160 a 165.

Només poden presentar proposicions els empresaris prèviament seleccionats per l'òrgan de contractació, en un procés previ al qual pot presentar sol·licitud de participació qualsevol empresa, i en base a la seva solvència.

L'òrgan de contractació fixarà uns criteris objectius de solvència en relació als quals es seleccionaran els candidats als que es convidarà la presentació d'oferta. S'assenyalarà un mínim d'empresaris a convidar, que en cap cas serà inferior a 5.

Terminis:

Contractes sotmesos a regulació harmonitzada:

- Recepció sol·licituds: El suficient, i en cap cas inferior a 30 dies naturals des de l'enviament de l'anunci (15 dies en casos d'urgència).

- Presentació de proposicions (10 dies en casos d'urgència):
 - o Sense anunci previ: El suficient, en cap cas inferior a 30 dies a comptar des de la data d'enviament de la invitació.
 - o Amb anunci previ: 10 dies naturals des de l'enviament de la invitació escrita

Si l'òrgan de contractació accepta la presentació d'ofertes per mitjans electrònics, els terminis es poden reduir en 5 dies. Pels contractes de concessió d'obra o de serveis, només s'acceptarà aquesta possibilitat de reducció de terminis.

Resta:

Recepció de sol·licituds de participació: Mínim de 15 dies naturals des de la publicació de l'anunci. Presentació de proposicions: 10 dies naturals des de la data d'enviament de la invitació escrita.

5.2.- Procediments amb negociació.

Regulats als articles 166 a 171 LCSP.

En els procediments amb negociació, l'òrgan de contractació efectua consultes amb diferents candidats, en negocia les condicions del contracte, i l'adjudica de forma justificada. En els plecs de clàusules administratives particulars s'han de determinar els aspectes econòmics i tècnics que hagin de ser objecte de negociació, les necessitats i característiques dels subministraments, obres o serveis, el procediment que se seguirà per negociar (que ha de ser transparent), els elements de la prestació que constitueixin requisits mínims, i els criteris d'adjudicació.

L'article 167 LCSP regula els supòsits d'aplicació del procediment de licitació amb negociació:

- Quan resulti imprescindible un treball previ de disseny o d'adaptació per part dels licitadors.
- Quan la prestació objecte del contracte inclogui un projecte o solucions innovadores.
- Quan no es pugui adjudicar sense negociacions prèvies per circumstàncies específiques vinculades a la naturalesa, complexitat o configuració jurídica o financera de la prestació, o pels riscos inherents a la mateixa.
- Quan no es pugui establir en la suficient precisió les especificacions tècniques per referència a una norma, avaluació tècnica europea, especificació tècnica comuna o referència tècnica.
- Quan el contracte no s'arribi a adjudicar perquè els licitadors presenten ofertes irregulars o inacceptables.
 - Irregulars: les que no es corresponguin amb els plecs, les rebudes fora de termini, les que mostrin indicis de col·lisió o corrupció, o les considerades anormalment baixes.

- Inacceptables: No estar en possessió de la qualificació requerida, o de preu superior al determinat
- Contractes de serveis socials personalíssims, caracteritzats per l'arrelament de la persona a l'entorn d'atenció social, sempre que es tracti de donar continuïtat en l'atenció de persones ja beneficiàries del servei.

Es pot utilitzar el procediment negociat sense publicitat en els següents supòsits:

- Si no s'han presentat ofertes, o les presentades siguin inadequades. No es poden modificar substancialment les condicions del contracte, ni incrementar la base de licitació ni modificar el sistema de retribució.
- Quan només es pugui encomanar a un empresari pels següents motius: tractar-se de l'adquisició d'una obra d'art o representació artística única no integrant del Patrimoni Històric Espanyol; que no existeixi competència per raons tècniques; o que procedeixi la protecció de drets exclusius, inclosos els de propietat intel·lectual i industrial
- Contractes declarats secrets o reservats, o que vagin acompanyats de mesures de seguretat especials d'acord amb la normativa vigent, o ho exigeixi la protecció d'interessos essencials de la seguretat de l'Estat.

A més, es podran adjudicar per procediment negociat sense publicitat els contractes d'obres, serveis i subministrament en els següents supòsits:

- Imperiosa urgència, que resulti d'esdeveniments imprevisibles i no imputables a l'òrgan de contractació.
- En procediments oberts o restringits que no s'han presentat ofertes, o les presentades siguin inadequades, sempre que en la negociació s'hi inclogui a tots els licitadors que haguessin presentat oferta, les condicions del contracte no es modifiquin substancialment, i sense incrementar el preu ni el sistema de retribució.

A més, es podran adjudicar per procediment negociat sense publicitat els contractes de subministrament en els següents supòsits:

- Quan els productes es fabriquen per finalitats d'investigació, experimentació, estudi o desenvolupament.
- Entregues addicionals efectuades pel proveïdor inicial que constitueixin una reposició parcial de subministraments o instal·lacions d'ús corrent, una ampliació de subministraments o instal·lacions existents. En aquests casos, si el canvi de proveïdor obligués a adquirir material amb característiques tècniques diferents, que pogués comportar incompatibilitats o dificultats tècniques d'ús i de manteniment desproporcionades. La seva durada no podrà ser superior a 3 anys.
- Adquisició en mercats organitzats o borses de matèries primes de subministraments que hi cotitzin.
- Subministraments concertats en condicions especialment avantatjoses amb un proveïdor que cesi les seves activitats comercials, o amb els administradors d'un concurs, o mitjançant un acord judicial o un procediment de la mateixa naturalesa.

A més, es podran adjudicar per procediment negociat sense publicitat els contractes de serveis en els següents supòsits:

- Quan el contracte sigui conseqüència d'un concurs de projectes
- Serveis concertats en condicions especialment avantatjoses amb un proveïdor que cesi les seves activitats comercials, o amb els administradors d'un concurs, o mitjançant un acord judicial o un procediment de la mateixa naturalesa

A més, es podran adjudicar per procediment negociat sense publicitat els contractes d'obres i de serveis en els següents supòsits:

- Quan sigui repetició d'obres o serveis similars als adjudicats a un contractista, si s'ajusten a un projecte base objecte del contracte inicial, aquesta possibilitat s'ha previst a l'anunci de licitació del contracte inicial, l'import de les noves obres o serveis s'hagin tingut en compte al calcular el valor estimat del contracte inicial, i no hagin passat més de 3 anys del contracte inicial.

Tramitació del procediment de licitació amb negociació

S'ha de publicar anunci en la forma prevista a l'art. 135.

En aquest supòsit se segueixen les normes previstes als arts. 160 a 164, referents al procediment restringit. Si es limita el número d'empreses que s'invitarà a negociar, com a mínim el número de candidats a convidar serà de 3.

Es podrà articular el procediment en fases successives, per anar reduint progressivament el número d'ofertes, mitjançant els criteris d'adjudicació previstos en l'anunci de licitació o en el PCA.

Els òrgans de contractació, o els serveis tècnics d'aquests, negociaran amb els licitadors les ofertes inicials i les posteriors que presentin. N cap cas es negociaran els requisits mínims ni els criteris d'adjudicació.

A l'expedient s'haurà de deixar constància de les invitacions efectuades, les ofertes rebudes, les raons de la seva acceptació o rebuig i els avantatges obtinguts amb la negociació.

5.3.- Diàleg competitiu

Procediment d'adjudicació basat en el diàleg que efectua una mesa especial del diàleg competitiu (que substitueix la mesa de contractació en aquest procediment) amb els candidats seleccionats, que prèviament ho han sol·licitat, per tal de desenvolupar una o diferents solucions que puguin satisfer les seves necessitats, i que serviran de base per presentar l'oferta.

El diàleg competitiu es pot utilitzar en els mateixos supòsits que el procediment amb negociació descrits a l'article 167 LCSP.

En el document descriptiu del diàleg competitiu (que supleix els plecs) es poden fixar primes o compensacions pels participants, i així facilitar-ne la participació. Si no es

preveuen primes per tots els participants, si que s'han de preveure pels que obtinguin els primers llocs en l'ordre de classificació de les ofertes.

Procediment:

- Publicació d'anunci de licitació, donant a conèixer necessitats i requisits i criteris d'adjudicació. Aquestes s'han de definir en un document descriptiu, que vindria a suplir els plecs.
- S'apliquen les normes sobre criteris de selecció de candidats, sol·licituds de participació i selecció de sol·licitants que regulen el procediment restringit (art. 160.2, 161 i 162.4). Si es decideix limitar el número d'empreses a convidar al diàleg, l'òrgan de contractació s'haurà d'assegurar que el número mínim de candidats capacitats per executar el contracte sigui de 3.
- Les invitacions a participar han de contenir una referència a l'anunci de licitació indicant la data i el lloc de l'inici de la fase de consulta, les llengües que s'utilitzaran, els documents relatius a les condicions d'aptitud que s'hagin d'adjuntar i la ponderació relativa dels criteris d'adjudicació.
- Diàleg de la mesa especial del diàleg competitiu amb els candidats per definir i determinar els mitjans adequats per satisfer les seves necessitats. En aquest diàleg, es donarà un tracte igual a tots els licitadors i no es facilitarà de forma discriminatòria informació que pugui donar avantatges a uns licitadors per sobre d'altres. No es podran revelar a la resta de participants les solucions proposades per un d'ells o dades confidencials, sense el seu consentiment.
- El procediment es pot articular per fases successives, per anar reduint el nombre de solucions.
- Tancat el diàleg per part de l'òrgan de contractació, a proposta de la mesa especial, se n'ha d'informar als participants, invitant-los a presentar l'oferta final.
- La mesa especial avalua les ofertes en base als criteris d'adjudicació fixats en l'anunci i el document descriptiu, proposant a l'òrgan de contractació l'adjudicació de l'oferta econòmicament més avantatjosa.
- L'òrgan de contractació adjudica.

L'art. 327 regula la mesa especial del diàleg competitiu o del procediment d'associació per a la innovació. A aquesta s'hi hauran d'incorporar persones especialment qualificades en la matèria objecte de diàleg o l'associació per a la innovació, designades per l'òrgan de contractació. El seu nombre serà igual o superior a 1/3 dels components de la Mesa, i participaran amb veu i vot.

5.4.- Procediment d'associació per a la innovació

L'article 177 LCSP descriu la finalitat d'aquest procediment, que és el desenvolupament de productes, obres o serveis innovadors i la seva compra posterior, sempre que es correspongui amb els nivells de rendiment i costos màxims acordats entre l'òrgan de contractació i els participants.

En els PCA particulars es determinarà quina és la necessitat del producte, obra o servei innovadors que no es pot satisfer mitjançant els productes disponibles en el mercat. Indicarà també els requisits mínims que han de complir els licitadors i definirà les disposicions aplicables en relació als drets de propietat intel·lectual i industrial.

Es pot preveure que l'associació per a la innovació es faci amb un o varis socis que efectuïn per separat activitats d'investigació i desenvolupament.

Es tracta d'un contracte que com a mínim conté dues fases:

- La d'investigació i desenvolupament.
- La d'execució de les obres, serveis o subministraments, fruit del contracte i adjudicació posteriors a la primera fase.

Pel que fa al règim jurídic dels contractes que s'adjudiquin per aquest procediment, també és doble, depenent de la fase en la que ens trobem:

- Fase d'investigació i desenvolupament: Per les prescripcions dels plecs i supletòriament, per les normes dels contractes de serveis. També remet a un futur desenvolupament reglamentari.
- Pel que fa a la fase d'execució, es regeixen per la normativa pròpia del contracte de la prestació objecte del mateix: obra, subministrament o servei. Aquesta previsió és lògica, ja que l'associació per a la innovació no és una modalitat contractual específica, sinó un procediment d'adjudicació.

D'acord amb l'article 178, qualsevol empresari pot presentar sol·licitud de participació responnent a la convocatòria de licitació, proporcionant la informació sobre els criteris objectius de solvència previstos en els plecs. El termini mínim de recepció de sol·licituds, si el contracte està sotmès a regulació harmonitzada, és de 30 dies a partir de l'enviament de l'anunci de licitació. En altre cas, no pot ser inferior a 20 dies a comptar des de la publicació en el perfil del contractant.

Els candidats es seleccionen d'acord amb criteris objectius de solvència relacionats amb la seva capacitat en l'àmbit de la investigació i el desenvolupament i l'elaboració i aplicació de solucions innovadores.

L'òrgan de contractació senyala el número mínim de candidats, que no pot ser inferior a tres.

Acabada la selecció, l'òrgan convidarà als candidats a presentar els seus projectes d'investigació i innovació i es procedeix a la seva adjudicació exclusivament d'acord amb el criteri de millor relació qualitat-preu, tal i com es descriu a l'article 145.2 LCSP.

L'òrgan de contractació negociarà amb els candidats seleccionats les ofertes inicials i les posterior (excepte al final), per millorar-ne el contingut-

El procés es pot estructurar en diferents fases. L'òrgan de contractació negocia les propostes presentades amb els empresaris que hagin de passar a les següents fases, reduint així el número d'ofertes. Aquesta opció s'ha de preveure de forma expressa en el PCA.

L'òrgan de contractació ha de vetllar per tal que durant la negociació tots els licitadors rebin igual tracte, sense facilitar, de forma discriminatòria informació que pugui provocar avantatges a d'altres licitadors. Les seves solucions i dades confidencials (comunicades com a tals) no es poden revelar a la resta d'empresaris sense el seu consentiment. Aquesta

comunicació de confidencialitat no pot ser genèrica, sinó que ha de fer referència a informació específica.

L'associació per a la innovació s'estructura en fases successives, d'acord amb les etapes del procés d'investigació i innovació. Aquestes fases poden incloure la fabricació de productes, prestació de serveis o realització d'obres. S'han de fixar uns objectius intermedis que han d'assolir els socis, que s'hauran de retribuir en els terminis adequats.

Al final de cada fase, l'òrgan de contractació pot resoldre l'acord de col·laboració amb l'empresari si no assoleixin els objectius fixats en els plecs. En el cas de varis empresaris, se'n pot reduir el nombre. Per exercir aquesta facultat, s'haurà d'haver previst en el plec de clàusules administratives particulars. Aquesta resolució o reducció, no generen dret a indemnització. Tot i això el plec pot preveure les compensacions econòmiques necessàries pels treballs realitzats.

Acabada la fase d'investigació i desenvolupament, l'òrgan de contractació ha de resoldre el que sigui procedent sobre l'adquisició de les obres, serveis o subministraments resultants. La resolució ho serà tenint en compte si els resultats assoleixen els nivells de rendiment i costos acordats.

En el cas que hi hagi un sol empresari, els contractes derivats de l'associació per a la innovació se li adjudicaran en els termes previstos en el plec de clàusules administratives particulars.

En el cas que hi hagi més d'un empresari, la selecció s'efectuarà atenent al criteris objectius fixats en el preu.

Si les obres, serveis o subministraments comporten prestacions successives, només es podrà realitzar per un període màxim de 4 anys a partir de la resolució sobre l'adquisició de les obres, serveis o subministraments.

D'acord amb l'article 323, en els procediments d'associació per a la innovació, l'òrgan de contractació ha d'estar assistit per una mesa de contractació. L'òrgan de contractació pot delegar la selecció dels candidats, fent-ho constar en el plec de clàusules administratives particulars.

L'art. 327 regula la mesa especial del diàleg competitiu o del procediment d'associació per a la innovació. A aquesta s'hi hauran d'incorporar persones especialment qualificades en la matèria objecte de diàleg o l'associació per a la innovació, designades per l'òrgan de contractació. El seu nombre serà igual o superior a 1/3 dels components de la Mesa, i participaran amb veu i vot.

IV.- L'EXECUCIÓ DELS CONTRACTES

1.- Efectes dels Contractes

L'article 188 LCSP incideix una vegada més en la força dels plecs de clàusules, afirmant que els efectes dels contractes es regiran per la llei, les seves disposicions de desenvolupament i els plecs de clàusules i prescripcions tècniques, tant generals com particulars.

L'article 190 descriu les prerrogatives de l'administració:

- Interpretar els contractes administratius.
- Resoldre els dubtes que ofereixi el seu compliment.
- Modificar-los per raons d'interès públic.
- Declarar la responsabilitat imputable al contractista per l'execució del contracte. Aquesta és una nova incorporació no prevista a la normativa anterior.
- Suspendre l'execució del contracte.
- Acordar-ne la resolució i els seus efectes.

El segon paràgraf de l'article 190 LCSP afegeix les facultats d'inspecció de les activitats desenvolupades pels contractistes durant l'execució del contracte, en els termes i límits fixats a la llei per a cada tipus de contracte. Ara bé, aquestes facultats no impliquen un dret general de l'òrgan de contractació per inspeccionar instal·lacions, oficines i emplaçaments on el contractista desenvolupi les seves activitats. Només quan siguin determinants pel desenvolupament de les prestacions objecte del contracte.

Tot i que es fa referència a que aquesta potestat ho es en els termes i límits fixats a la llei per cada tipus de contracte, després no es desenvolupa. Tant sols pels contractes de concessió de serveis (287.2), i els de serveis que comportin prestacions directes a favor de la ciutadania, es preveu que l'administració conserva els poders de policia necessaris per assegurar la bona marxa dels serveis

En l'exercici d'aquestes potestats, se n'ha de donar audiència al contractista. Serà preceptiu l'informe de la Comissió Jurídica Assessora en els següents cassos:

- Interpretació, nul·litat i resolució, quan aquell formuli oposició.
- Modificacions no previstes en els plecs quan la seva quantia, aïllada o conjuntament, superi el 20 % del preu primitiu del contracte (abans era el 10 %) i aquest sigui igual o superior a 6.000.000 €.
- L'apartat 3.c de l'article 191 LCSP, amplia la necessitat d'informe a les reclamacions dirigides a l'administració, fonamentades en la responsabilitat contractual d'aquesta, quan les indemnitzacions reclamades siguin iguals o superiors a 50.000 €.

2.- Execució dels Contractes

a.- Incompliment parcial o defectuós

L'article 192 preveu un límit total a les penalitats que es poden imposar al contractista per compliment defectuós o incompliment del contracte. Aquestes han de ser proporcionals a la gravetat de l'incompliment. La suma de totes elles (que individualment considerades no poden superar el 10 % del preu del contracte), no pot superar el 50 % del preu del contracte.

L'incompliment parcial de les prestacions del contractista definides en el contracte, permet a l'administració optar entre la resolució o la imposició de las penalitats previstes en els plecs

La demora en l'execució provoca la possibilitat per part de l'administració de resoldre el contracte, o d'impostar les penalitats diàries de 0,60 € per cada 1000 € de preu del contracte (abans es preveien 0,20 €). En el PCA es poden preveure altres penalitats.

Pel que fa a la demora en l'execució, la resolució es preveu alternativa a la penalitat, i cada vegada que aquestes arribin a un múltiple del 5 % del preu del contracte. Aquesta facultat també es té si s'incompleixen els terminis parcials si així es preveu al PCA, o quan es presumeixi la impossibilitat de complir el termini total.

D'acord amb l'article 194 LCSP pels supòsits d'incompliment parcial o compliment defectuós, si no està prevista penalitat, o aquesta no cobreixi els danys provocats per l'incompliment, l'administració exigirà als contractistes els danys i perjudicis. L'import es podrà fer efectiu mitjançant deducció de quantitats que en concepte de pagament total o parcial s'hagi d'abonar al contractista o sobre la garantia constituïda, si aquells són insuficients.

A tenir en compte que si s'opta per la resolució i el contractista s'hi oposa, caldrà l'informe preceptiu de la Comissió Jurídica Assessora

b.- Indemnització de danys i perjudicis

La indemnització dels danys i perjudicis causats a tercers, conseqüència de l'execució del contracte, serà obligació del contractista, excepte quan es produeixi un dels següents casos:

- Que siguin conseqüència d'una ordre immediata i directa de l'administració.
- En els supòsits d'obra o subministrament de fabricació, quan els danys siguin conseqüència de vicis en el projecte, sense perjudici de l'acció de responsabilitat contra el redactor del projecte.

Procediment:

- Reclamació a l'administració.
- Audiència al contractista
- Resolució de l'administració sobre a quina de les parts li correspon la responsabilitat:
 - Administració: Procediment de reclamació patrimonial previst a la Llei 39/2015.

- Contractista: Reclamació civil.

A tenir en compte que l'exercici d'aquesta facultat suposa la interrupció dels terminis de prescripció de reclamació de danys, tant civils com administratius.

Entenc que continua sent una regulació defectuosa i que pot provocar importants problemes d'aplicació per part dels particulars perjudicats. Hagués estat millor, i més respectuós amb el principi de responsabilitat administrativa de l'administració, fixar la responsabilitat d'aquesta, i la possibilitat de que si els danys fossin imputables al contractista, l'administració repetís l'acció sobre aquest.

El sistema actual pot provocar que una lesió quedi sense indemnitzar. Supòsit:

- L'administració resol que la responsabilitat és del contractista.
- El particular reclama a la jurisdicció civil.
- Aquesta resol a favor del contractista, en base a no existir culpa o negligència del contractista, o interpretant que la responsabilitat és imputable a l'administració.

c.- Principi de risc i ventura

L'art. 197 LCSP, preveu que l'execució del contracte es realitzarà a risc i ventura del contractista. I això és així, perquè el contracte administratiu és un contracte de resultat que s'entén complert pel contractista quan aquest ha realitzat la totalitat del seu objecte, d'acord amb els termes d'aquell, i a satisfacció de l'administració. En conseqüència, fins que no s'efectuï la prestació objecte del contracte, el contractista és qui n'ha de suportar els riscos. No obstant, aquest principi de risc i ventura té excepcions. En aquest sentit, l'art. 239, pel cas de contractes d'obres, preveu un dret d'indemnització al contractista pels danys i perjudicis soferts en casos de força major, sempre que no existeixi actuació imprudent per part del contractista.

d.- Pagament del preu

Regulat a l'article 198. El pagament del preu s'ha d'efectuar totalment o parcialment, mitjançant abonaments a compte. En el cas de contractes de tracte successiu, mitjançant pagament a cadascun dels venciments.

Quan l'import acumulat dels abonaments a compte sigui igual o superior al 90 % del preu del contracte, a l'expedient de pagament s'haurà d'acompanyar la comunicació efectuada a la intervenció per la seva eventual assistència a la recepció, en exercici de les funcions de comprovació material de la inversió.

El pagament s'ha d'efectuar en el termini de 30 dies, a comptar des de la data d'aprovació de les certificacions d'obres o dels documents que acreditin la conformitat amb els bens entregats o els serveis prestats. A partir d'aquesta data s'hauran d'abonar interessos de demora i indemnització per les despeses de cobrament.

El contractista ha de presentar la factura en el termini de 30 dies des de la data d'entrega efectiva e les mercaderies o la prestació del servei. La certificació d'obres o els

documents que acreditin la conformitat dels béns entregats o serveis prestats s'han d'aprovar en el termini de 30 dies següents a l'entrega de béns o la prestació del servei.

L'interès de demora, d'acord amb l'art. 7.2 de la Llei per la qual s'estableixen mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials (L 3/2004) és:

El tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más siete puntos porcentuales.

També s'haurà d'abonar indemnització per despeses de cobrament.

Transcorregut el termini de 30 dies, el contractista pot reclamar per escrit a l'administració el pagament i els interessos. Passat un mes sense resposta, s'entren reconegut el venciment del termini i es podrà presentar recurs contenciós administratiu per inactivitat, podent-se demanar, com a mesura cautelar, el pagament immediat del deute.

Demora en el pagament superior a 4 mesos: el contractista pot procedir a la suspensió de l'execució del contracte, amb un preavís d'un mes.

Demora superior a 6 mesos: El contractista té dret a resoldre el contracte i al rescabament dels perjudicis ocasionats.

L'article 198.7 LCSP regula la possibilitat d'embargar els abonaments a compte (certificacions d'obra). Aquestes només podran ser embargades en els següents supòsits:

- Pagament de salaris meritats pel personal del contractista en execució del contracte i les respectives quotes socials.
- Pagament d'obligacions concretes amb subcontractistes i subministradors, referides a l'execució del contracte.

e.- Transmissió del dret de cobrament: És el que normalment s'ha nomenat com endós o cessió de certificació. L'art. 200 LCSP preveu la cessió d'aquests drets de cobrament.

S'ha de notificar fefaentment a l'administració. A partir d'aquest moment el manament de pagament s'ha d'efectuar a favor del cessionari.

f.- Obligacions en matèria mediambiental, social i laboral

Més enllà de la necessitat de complir amb les obligacions en matèria mediambiental, social i laboral, la principal novetat que ens aporta l'article 201 LCSP és al possibilitat que l'incompliment d'aquestes obligacions, i en especial els incompliments o endarreriments reiterats, greus i dolosos, en el pagament de salaris o aplicació de condicions salarials inferiors a les que es deriven dels convenis col·lectius, comportarà la imposició de les penalitats previstes en els supòsits d'incompliment parcial o defectuós de l'article 192.

g.- Condicions especials d'execució del contracte.

L'article 202 LCSP fa referència condicions de caràcter social, ètic, mediambiental o d'altre ordre. Aquestes sempre han d'estar vinculades a l'objecte del contracte, no han de ser discriminatòries, han de ser compatibles amb el dret comunitari i s'han d'indicar en els plecs i en l'anunci de licitació.

Al menys serà obligatori incloure en els plecs administratius alguna de les següents condicions especials d'execució:

- Condicions de tipus mediambiental que persegueixin:
 - la reducció d'emissions de gasos d'efecte hivernacle
 - El manteniment o millora dels valors mediambientals afectats per l'execució del contracte
 - Una gestió més sostenible de l'aigua
 - Foment de l'ús d'energies renovables.
 - Promoció del reciclatge de productes i ús d'envasos reutilitzables.
 - Impuls de l'entrega de productes a granel
 - La producció ecològica.
- Consideracions de tipus socials o relatives a l'ocupació:
 - Fer efectius els drets reconeguts a la Convenció de les Nacions Unides sobre els drets de les persones amb discapacitat.
 - Contractar un nombre de persones amb discapacitat superior al que exigeix la legislació nacional.
 - Promoure l'ocupació de persones amb especials dificultats d'inserció en el mercat laboral, en particular les persones amb discapacitat o en situació de risc d'exclusió social a través d'empreses d'inserció.
 - Eliminar les desigualtats entre homes i dones
 - Afavorir la major participació de la dona en el mercat laboral i la conciliació del treball i la vida familiar.
 - Combatre l'atur, especialment el que afecta a joves, dones i el de llarga durada.
 - Afavorir la formació en el lloc de treball.
 - Garantir la seguretat i la protecció de la salut en el lloc de treball.
 - Mesures per prevenir la sinistralitat laboral.
 - Garantir el respecte als drets laborals bàsics

Els plecs poden posar penalitats per l'incompliment d'aquestes obligacions, remetent-se a les previstes per l'incompliment defectuós a l'article 192.1. També es poden preveure com a condicions essencials d'execució, fet que pot suposar causa de resolució del contracte, o ser considerats com a infracció greu, als efectes de l'article 71.2.c, que regula supòsits de prohibició de contractar.

3.- La modificació dels contractes:

La regulació de la modificació dels contractes ha experimentat una important variació per la seva adequació a la Directiva de Contractació. Tot i això, el seu impacte a Catalunya és menor, ja que aquesta adequació ja s'havia operat a través del DL 3/2016.

Els contractes només es poden modificar per causes d'interès públic i en els supòsits i forma previstos a la llei.

Els supòsits de modificació estan regulats als articles 204 i 205 de la llei:

- a) Quan s'hagi previst en el plec de clàusules administratives particulars, i fins un màxim del 20 % del preu del contracte inicial, i amb les següents condicions:
- La clàusula de modificació ha d'estar formulada de forma clara, precisa i inequívoca
 - S'han de definir els supòsits en que es pot modificar el contracte concretant:
 - El seu abast, límits i naturalesa.
 - Referència a circumstàncies que es puguin verificar de forma objectiva.
 - Procediment que s'hagi de seguir per realitzar la modificació
 - Impossibilitat d'establir nous preus unitaris no previstos en el contracte.
 - Suficient detall de les condicions de la modificació, que permeti als licitadors comprendre el seu abast i interpretar-la de la mateixa manera i puguin ser tingudes en compte pel que fa referència a les condicions d'aptitud dels licitadors i valoració de les ofertes.

En cap cas les modificacions podran alterar la naturalesa global del contracte inicial. S'entendrà que s'altera si se substitueixen les obres, els subministraments o els serveis per altres de diferents, o es modifica el tipus de contracte.

- b) Modificacions no previstes en els plecs. S'han de limitar a introduir les variacions estrictament indispensables. Es preveuen els següents supòsits:
- Que esdevingui necessari incorporar obres, subministraments o serveis addicionals, sempre que es compleixin els següents requisits:
 - Que el canvi de contractista no sigui possible per raons de tipus econòmic o tècnic, ja sigui perquè obligaria a adquirir obres, serveis o subministraments amb característiques tècniques diferents als contractats, quan aquestes diferències provoquin incompatibilitats o dificultats tècniques d'ús o manteniment que resultin desproporcionades, o que el canvi de contractista generi inconvenients significatius o un augment substancial de costos.
 - Que la modificació impliqui una alteració de la quantia no superior al 50 % del seu preu inicial.
 - Quan la modificació ho sigui per circumstàncies sobrevingudes, imprevisibles en el moment de la licitació, i d'acord amb les següents condicions:
 - Que la necessitat de la modificació ho sigui per circumstàncies que una administració diligent no hagués pogut preveure.
 - Que la modificació no alteri la naturalesa global del contracte.
 - Que no suposi una alteració de la seva quantia superior al 50 % del seu preu inicial.

- Quan les modificacions no siguin substancials. Es consideraran substancials quan tinguin com a resultat un contracte de naturalesa materialment diferent, o quan es compleixin alguna o algunes de les següents condicions:
 - Que la modificació incorpori condicions que d'haver-se tingut en compte haguessin permès la selecció d'altres candidats, l'acceptació d'una altra oferta, o que hagués pogut atreure més participants en el procés de contractació. Aquest supòsit es donarà quan provocaria la necessitat d'una classificació de contractista diferent.
 - Que la modificació alteri l'equilibri econòmic del contracte en benefici del contractista. Això succeirà, entre d'altres, quan s'incorporin unitats d'obra nova l'import de les quals suposi més del 50 % del pressupost inicial del contracte.
 - Que amplii de forma important l'àmbit del contracte:
 - Quan el valor de la modificació superi el 15 % del preu inicial en el cas d'obres, o el 10 % en la resta de contractes, o se superin els límits dels contractes subjectes a regulació harmonitzada.
 - L'objecte de la modificació estigui en l'àmbit d'un altre contracte en relació al qual se n'hagi iniciat la tramitació de l'expedient de contractació

Les modificacions no previstes en els plecs són obligatòries pel contractista sempre que l'alteració no excedeixi del 20 % del preu inicial del contracte. En el cas que excedeixi aquest percentatge, serà necessària la conformitat del contractista. En altre cas, es procedirà a la resolució del contracte.

En els supòsits de l'art 205, abans de procedir-se a la modificació se n'ha de donar audiència al redactor del projecte o de les especificacions tècniques, per un termini de 3 dies. Si el contracte està sotmès a regulació harmonitzada, s'haurà de publicar el corresponent a nunci al DOUE. També s'hauran de publicar en tots els casos anuncis de modificació del contracte en el perfil del contractant, en el termini de 5 dies des de la seva aprovació. A l'anunci s'hi adjuntaran les al·legacions del contractista i els informes emesos, inclosos els aportats per l'adjudicatari.

4.- Suspensió dels contractes

L'article 208 regula els supòsit de suspensió del contracte per part de l'administració, o per part del contractista per la demora en el pagament per part de l'administració de més de 4 mesos. En aquest cas s'ha d'estendre una acta en la que s'hi especificaran les circumstàncies que l'han motivat, així com la situació de fet en l'execució del contracte.

S'han d'abonar al contractista els danys i perjudicis causats per la suspensió, pels següents imports i conceptes:

- Despeses acreditades fefaentment per manteniment de la garantia definitiva.
- Indemnitzacions acreditades fefaentment per extinció o suspensió de contractes de treball.
- Despeses salarials del personal adscrit al contracte, acreditades fefaentment.

- Despeses acreditades fefaentment per lloguers o costos de manteniment de maquinària, instal·lacions i equips, que no s'hagin pogut destinar a altres destins diferents al contracte.
- El 3% del preu de els prestacions que s'haurien d'haver executat durant el període de suspensió
- Les despeses corresponents a pòlisses d'assegurances previstes en els plecs i vinculades al contracte.

Només s'indemnitzaran els períodes de suspensió documentats a la corresponent acta. Si l'administració es nega a fer-la, a sol·licitud del contractista, s'entendrà que s'ha iniciat la suspensió a la data assenyalada pel contractista en la seva sol·licitud.

El dret a reclamar prescriu passat un any des de que el contractista rebí l'ordre de continuar l'execució del contracte.

5.- Cessió dels contractes i subcontractació

a.- Cessió dels contractes

La podríem definir com una novació subjectiva: transferència negocial a un tercer del conjunt de drets i obligacions del contracte, de tal forma que aquest se subroga totalment en la posició del cedent. El contracte bàsic continua, l'únic que varia és el contractista adjudicatari.

L'article 214 LCSP estableix que només és possible quan "obeeixi a una opció inequívoca dels plecs", i dins els seus límits. Per aquest motiu, els plecs han d'establir "necessàriament" que els drets i obligacions que es desprenen del contracte podran ser cedits a un tercer, sempre i quan les qualitats tècniques o personals del cedent no hagin estat la raó determinant de l'adjudicació del contracte. La cessió tampoc ha de comportar una restricció efectiva de la competència. No es podrà atorgar la cessió, si aquesta suposa una alteració substancials de les característiques del contractista, i aquestes siguin un element essencial del contracte.

Si els plecs preveuen que els adjudicataris constitueixin una societat específica per a l'adjudicació del contracte, fixaran la possibilitat de cessió de les participacions de la societat, així com el supòsit en el qual aquesta cessió s'equipari a una cessió contractual, als efectes de la seva autorització.

En els supòsit que els plecs possibilitin la cessió, aquests hauran de contemplar com a mínim, l'exigència dels següents requisits:

- Autorització prèvia i expressa de l'òrgan de contractació. Aquesta té caràcter reglat i s'ha d'atorgar sempre que es compleixin la resta de requisits.
- Que s'hagi executat al menys un 20 % de l'import del contracte. En el cas de concessió d'obra o de servei, que l'explotació al menys s'hagi realitzat per un termini d'1/5 part del temps de duració del contracte.
- Capacitat, solvència i classificació exigida al cedent, del cessionari.
- Formalització en escriptura pública (entre cedent i cessionari)

El cessionari se subroga en els drets i obligacions del cedent.

b.- Subcontractació

Regulada als articles 215 a 217

La subcontractació a tercers serà possible excepte quan afecti a contractes de caràcter secret o reservat que hagin de ser executats directament pel contractista, o tasques específiques especificades en els plecs que hagi de prestar obligatòriament el contractista.

Requisits:

- Els plecs poden preveure que els licitadors hagin d'indicar en l'oferta la part del contracte que pretenguin subcontractar, senyalant l'import, nom o perfil empresarial.
- L'adjudicatari ha de comunicar anticipadament i per escrit la seva intenció de celebrar subcontractes, especificant la prestació a subcontractar i la identitat del subcontractista, justificant la seva aptitud, acreditant que no es troba en cap causa de prohibició de contractar.
- Si els plecs han fixat l'obligació d'identificar la part a subcontractar i el subcontractista, els subcontractes que no s'hi ajustin no es podran celebrar fins passats 20 dies des de que s'hagi notificat aportant les justificacions abans esmentades.
- En els contractes de caràcter secret o reservat, es requereix sempre l'autorització de l'òrgan de contractació.
- Els òrgans de contractació poden fixar en els plecs tasques crítiques que no poden ser objecte de subcontractació.
- Les infraccions de les normes de subcontractació, poden comportar una penalitat de fins el 50 % de l'import del subcontracte, o fins i tot la seva resolució quan faci referència a l'obligació principal o essencials del contracte.
- Els subcontractistes només queden obligats davant el contractista principal
- Els subcontractistes en cap cas tenen acció directa davant l'administració contractant. No obstant, la disposició adicional 51 LCSP especifica que l'òrgan de contractació podrà preveure en els plecs que es realitzin pagaments directes als subcontractistes. Aquests s'entendran realitzats per compte del contractista principal.

L'article 216 regula el pagament a subcontractistes i subministradors del contractista principal.

L'article 217 LCSP preveu que les administracions públiques puguin comprovar el compliment dels pagaments dels contractistes als subcontractistes. Les obligacions de subministrament d'informació referent a subcontractistes i compliment de pagaments es consideren condicions especials d'execució, i el seu incompliment permetrà imposar les penalitats que es prevegin als plecs.

Aquestes actuacions de comprovació seran obligatòries en els contractes d'obres i de serveis de valor estimat superior als 5.000.000 €, si l'import de la subcontractació és igual o superior al 30 % del preu del contracte

Per una altra banda, la D.A. 51 preveu la possibilitat que l'òrgan de contractació prevegi en els plecs de clàusules administratives particulars, que es realitzin pagaments directes als subcontractistes. Aquest pagaments s'entendran efectuats per compte del contractista principal, i mantenen la mateixa naturalesa amb l'administració contractant de pagaments a compte. En cap cas serà imputable a l'administració l'endarreriment en el pagament provocat per la falta de conformitat del contractista principal a la factura presentada pel subcontractista.