

**Anàlisi de la incidència de l'efecte directe
de determinades disposicions de la
Directiva 2014/24/UE en l'activitat
contractual habitual dels poders
adjudicadors de l'àmbit sanitari i social**

CSC – Consorci de Salut i Social de Catalunya
Abril 2016

Índex

| | | |
|-----------|---|-----------|
| 1. | Marc Normatiu..... | 3 |
| 2. | Anàlisi..... | 4 |
| 2.1. | Objecte i àmbit d'aplicació, import dels llindars, definicions, exclusions, principis de contractació i nomenclatures | 5 |
| 2.2. | Contractes mixtes (P)..... | 6 |
| 2.3. | Contractes entre entitats del sector públic (regulació del mitjà propi) | 6 |
| 2.4. | Conflicte d'interessos | 7 |
| 2.5. | Principals procediments de contractació | 7 |
| 2.6. | Associació per a la innovació (P)..... | 8 |
| 2.7. | Instruments i tècniques de contractació (P)..... | 9 |
| 2.8. | Catàlegs electrònics (P) | 9 |
| 2.9. | Centrals de contractació i compres conjuntes esporàdiques (P) | 9 |
| 2.10. | Consultes preliminars al mercat i participació prèvia de candidats o licitadors (P).... | 9 |
| 2.11. | Variants (P) | 10 |
| 2.12. | Divisió en lots | 10 |
| 2.13. | Terminis..... | 10 |
| 2.14. | Publicitat (anuncis en el DOUE) | 11 |
| 2.15. | Disponibilitat electrònica dels plecs i sol.licitud d'informació addicional..... | 12 |
| 2.16. | Principis generals de la selecció dels participants i adjudicació dels contractes | 12 |
| 2.17. | Motius d'exclusió (prohibicions de contractar) | 13 |
| 2.18. | Criteris de selecció (solvència) i recurs a les capacitats d'altres entitats | 14 |
| 2.19. | Document europeu únic de contractació (DEUC) i mitjans de prova | 14 |
| 2.20. | Criteris d'adjudicació del contracte | 15 |
| 2.21. | Ofertes anormalment baixes | 16 |
| 2.22. | Condicions d'execució (P)..... | 16 |
| 2.23. | Modificació de contractes..... | 16 |
| 2.24. | Subcontractació | 17 |
| 2.25. | Rescissió de contractes | 18 |
| 2.26. | Informes específics sobre els procediments per a l'adjudicació de contractes | 18 |
| 3. | Especial esment a la investigació i innovació i a les clàusules socials i mediambientals . | 18 |
| 4. | Conclusions | 19 |

1. Marc Normatiu

La Directiva 2014/24/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública i per la que es deroga la Directiva 2004/18/CE i la Directiva 2014/23/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió (en endavant "Directives") entren en vigor el proper dia 18 d'abril de 2016.

Arribada aquesta data sense que s'hagi aprovat la normativa de transposició a l'ordenament jurídic intern, els poders adjudicadors hauran de seguir aplicant el Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel que s'aprova el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic (en endavant, "TRLCSP").

No obstant, amb l'objectiu de preservar la primacia de l'ordenament jurídic de la Unió Europea, les Directives desplegaran un efecte directe vertical ascendent una vegada finalitzat el termini de transposició, de manera que els particulars podran invocar aquest text normatiu contra els poders adjudicadors davant els Tribunals, sempre que les seves previsions siguin incondicionals, clares i precises (especialment, aquelles que atribueixin drets subjectius als particulars). En aquest cas, els òrgans jurisdiccionals hauran de deixar sense aplicar les normes nacionals que siguin contràries a dites previsions. D'aquesta manera, els particulars veuen reforçada la seva esfera jurídica i el Dret comunitari aconsegueix el seu efecte útil.

És important destacar que aquest efecte directe en cap cas pot ser horitzontal (entre poders adjudicadors), ni vertical descendent (dels poders adjudicadors envers els particulars), sinó únicament vertical ascendent (invocat pel particular envers els poders adjudicadors).

Per als poders adjudicadors aquesta situació comporta un elevat grau d'inseguretats jurídica, en la mesura que no resulta senzill identificar quins preceptes de les Directives són suficientment incondicionals i precisos com per poder ser invocats pels particulars contra un poder adjudicador, especialment quan els Tribunals Administratius de Contractació Pública i les Juntes de Contractació corresponents fan interpretacions diferents d'aquesta qüestió i fins i tot, en alguns casos, divergents entre si.

Havent tingut accés als documents "*Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público*", aprovat pels Tribunals Administratius de Contractació Pública el dia 1 de març de 2016, "*Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado a los órganos de contratación en relación con la aplicación de las nuevas Directivas de contratación pública*", de

15 de març de 2016, i “Informe 1/2016, de 6 d’abril, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comissió Permanent). Assumpte: Continguts de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública, que han de ser d’aplicació directa a partir del dia 18 d’abril de 2016, data en què finalitza el termini per a la seva transposició. Breu referència a l’aplicació directa de la directiva 2014/23/UE, de 26 de febrer de 2014, relativa a l’adjudicació dels contractes de concessió”, des del Servei Agregat de Contractacions Administratives (SACAC) del Consorci de Salut i Social de Catalunya s’emet el present document d’anàlisi en relació **a les disposicions de la Directiva 2014/24/UE, que entenem tenen efecte directe en l’àmbit dels procediments de contractació d’obres, serveis o subministraments subjectes a regulació harmonitzada que habitualment tramiten els poders adjudicadors dels sectors sanitari i social.**

2. Anàlisi

Atesa la vocació eminentment pràctica d’aquest document, l’anàlisi se centra en la Directiva 2014/24/UE (en endavant “DC”), que és la norma que regula els procediments de contractació d’obres, serveis i subministraments, els quals constitueixen el gruix de l’activitat contractual dels poders adjudicadors als que va dirigit. No s’anàlisi l’efecte directe de la Directiva 2014/23/UE degut a que, l’experiència del SACAC determina que no és habitual que les entitats a les quals va dirigida la guia realitzin contractacions de concessions d’obres o de serveis.

Aquest document no té vocació d’exhaustivitat sinó que el seu objectiu és, amb una finalitat eminentment pràctica, adaptar les previsions dels documents anteriorment citats a l’activitat contractual dels poders adjudicadors en l’àmbit sanitari i social, a efectes de facilitar la tramitació dels procediments de contractació esmentats amb les màximes garanties.

Són molts els preceptes de la DC que ja es troben incorporats al TRLCSP i a la resta de normativa interna de contractació pública, o bé consagrats per la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió europea (en endavant “TJUE”), com és el cas dels que regulen les matèries següents: definició d’operadors econòmics, confidencialitat de les ofertes, especificacions tècniques i etiquetes, invitacions, solvència, normes d’assegurament de la qualitat, mitjans de prova, reducció de candidats i ofertes, així com gran part de la regulació dels procediments de contractació. En conseqüència, aquestes disposicions, han de seguir sent aplicades en els termes previstos en la normativa interna, sempre fent una interpretació conforme amb la DC i amb la jurisprudència del TJUE.

Molts altres preceptes, malgrat no estar afectats per l'efecte directe vertical ascendent, entenem que a partir del 18 d'abril podrien ser aplicats de forma voluntària pels poders adjudicadors perquè són suficientment clars, precisos i incondicionats, sense contravenir l'ordenament jurídic intern i sense precisar d'un acte intern de transposició.

Tal com s'ha exposat anteriorment, el TRLCSP, en tot allò que reguli que sigui contrari a un precepte de la DC amb efecte directe vertical ascendent, haurà de ser desplaçat, passant a aplicar de forma directa la regulació comunitària. En base a la premissa anterior, es recomana -sense perjudici de la potestat dels poders adjudicadors per aplicar de forma voluntària gran part de les novetats incorporades per la DC- que per seguretat jurídica se segueixi aplicant el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic i la seva normativa de desenvolupament, amb les especificitats que tot seguit es detallaran.

L'objecte del present apartat és fer una anàlisi per blocs temàtics identificant els principals preceptes de la DC que, o bé difereixen del previst en el TRLCSP i la seva normativa de desenvolupament, o bé no han estat objecte de regulació interna i que, de no ser aplicats a partir del proper 18 d'abril de 2016, en la mesura que l'efecte directe d'aquesta norma és vertical ascendent, podria comportar una eventual impugnació per part dels particulars. També s'analitzen i enumeren aquelles previsions que de forma potestativa poden ser aplicades pels poders adjudicadors –aquests preceptes, quan no continguin cap element amb efecte directe vertical ascendent, s'identifiquen amb la sigla “P”.

2.1. Objecte i àmbit d'aplicació, import dels límits, definicions, exclusions, principis de contractació i nomenclatures

En la mesura que aquests preceptes delimiten l'àmbit d'aplicació de la DC, i que estan regulats de forma clara, precisa i incondicionada, tenen efecte directe.

En el cas particular de les exclusions, malgrat serveixen per a delimitar l'abast de la DC, atès que algunes d'aquestes no estan identificades com a tals en el TRLCSP i en base a la prohibició d'efecte directe vertical descendent, els poders adjudicadors no podrien emparar-se en les exclusions de la DC per eludir l'aplicació de procediments de contractació. En conseqüència, malgrat un determinat contracte estigui exclòs de l'àmbit d'aplicació de la DC, a partir del 18 d'abril i fins a l'aprovació de la nova Llei de Contractes del Sector Públic, caldrà seguir aplicant els procediments previstos en el TRLCSP amb publicitat i concurrència per a la seva contractació.

Els principis de contractació (apartat 1 de l'article 18 de la DC) també tenen efecte directe, a més d'haver estat pretransposats en el TRLCSP i consolidats per la jurisprudència del TJUE.

Des del punt de vista de tipificació de contractes, destaca la substitució de l'annex I del TRLCSP per l'annex II de la DC en obres i la distinció entre contractes de serveis ordinaris i contractes de serveis de l'annex XV de la DC (serveis socials i altres serveis a les persones), tots ells subjectes a regulació harmonitzada si el valor estimat supera els llindars corresponents, però amb règims molts diferents.

A més de les definicions contingudes a l'article 2 de la DC, també resulten d'aplicació directa altres definicions contingudes al llarg del text normatiu tals com la de competència restringida artificialment, la de conflicte d'interessos o la d'ofertes irregulars o inacceptables, entre d'altres.

2.2. Contractes mixtes (P)

Té aplicabilitat directa l' article 3 apartat 4 de la DC, el qual incorpora la possibilitat per als poders adjudicadors d'optar per adjudicar contractes diferents per a prestacions diferents algunes de les quals siguin pròpies de contractes regulats per la DC i altres de contractes no regulats per aquesta, o bé adjudicar-les en un únic contracte.

2.3. Contractes entre entitats del sector públic (regulació del mitjà propi)

Si bé el TRLCSP ja regula els requisits per tal que una entitat pugui ser considerada mitjà propi d'una altra o unes altres entitats, l'article 12 de la DC ha incorporat la jurisprudència del TJUE al seu redactat, el qual sense cap mena de dubte té efecte directe en els termes següents:

El requisit del "control anàleg", ja recollit en la legislació interna, podria considerar-se pretransposat.

El requisit de la "part essencial de l'activitat" queda concretat en la DC, la qual estableix que més del 80% de les activitats del mitjà propi han de dur-se a terme en l'exercici de les encomanes que li han estat confiades pel poder adjudicador que el controla o per altres persones jurídiques controlades per dit poder adjudicador. Aquest mateix article determina de quina manera s'ha de fer el còmput del percentatge d'activitat.

Finalment, té efecte directe el requisit de la “no participació de capital privat” en l’entitat que té la condició de mitjà propi, el qual ja estava recollit en la jurisprudència del TJUE i parcialment pretransposat en el TRLCSP.

També tenen efecte directe les encomanes de gestió horitzontals, els mitjans propis conjunts i les encomanes de gestió inverses, les quals de facto ja eren aplicables amb l’actual regulació.

2.4. Conflicte d’interessos

L’article 24 DC estableix un deure per als poders adjudicadors d’adoptar mesures adequades per a prevenir, detectar i solucionar de manera efectiva els conflictes d’interessos que puguin sorgir en els procediments de contractació. Malgrat no s’acaba de concretar quines han de ser les mesures, aquest deure sembla ser d’aplicació directa per als poders adjudicadors, segons afirma la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya.

En la normativa interna està parcialment regulat el conflicte d’interessos, si bé el seu concepte a nivell comunitari és més extens i té efecte directe.

2.5. Principals procediments de contractació

Abans d’iniciar l’anàlisi d’aquest apartat, és important posar de manifest que precisament en l’àmbit dels procediments de contractació és on menys consens hi ha hagut entre els diferents òrgans consultius i de recursos contractuals. És per aquest motiu que recomanem actuar amb prudència i, davant el dubte, optar per la solució que garanteixi un major compliment dels principis de publicitat, transparència, concurrència, igualtat de tracte i no discriminació.

La major part de l’article 26 de la DC, relatiu a l’elecció dels procediments, no té efecte directe per ser merament enunciatiu, però sí que desplegaria efectes jurídics l’apartat 4 del precepte, que regula els supòsits d’utilització de la licitació amb negociació i del diàleg competitiu. En aplicació del principi de prudència, es recomana als poders adjudicadors seguir utilitzar el diàleg competitiu i el negociat amb publicitat quan concorrin els supòsits previstos en la legislació interna, però només quan aquests també estiguin contemplats a la DC.

Segons determina la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya ja no es podrà recórrer a la utilització del procediment negociat en els supòsits següents:

contractes respecte dels quals no es pugui determinar el preu global, contractes declarats secrets o reservats, obres que es realitzin únicament amb finalitats d'investigació, obres complementàries, adquisicions de béns mobles integrants del patrimoni històric espanyol, serveis complementaris i obres amb valor estimat inferior o igual a 1 milió d'euros (negociat amb publicitat) o a 200.000 euros (sense publicitat), serveis i subministraments amb valor estimat inferior o igual a 100.000 euros (negociat amb publicitat) o a 60.000 euros (sense publicitat).

Específicament, pel que respecta al procediment negociat sense publicació prèvia (art. 32) només podrà tramitar-se quan concorrin els supòsits previstos en el TRLCSP que coincideixin amb els contemplats a la DC. Malgrat tant la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat com els Tribunals Administratius de Contractació Pública han considerat que, en tant no s'aprovi una llei nacional, el negociat per raó de la quantia segueix sent d'aplicació per tractar-se de contractes no subjectes a regulació harmonitzada respecte els quals no hauria de desplegar el seu efecte directe de la DC, a criteri de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, a partir del 18 d'abril de 2016 no s'hauria de seguir utilitzant el procediment negociat per raó de la quantia per entendre que es tracta d'un procediment contrari a la lletra i a l'esperit de la DC.

Pel que respecta al procediment obert, regulat a l'article 27 de la DC, sí que té efecte directe però ja està essencialment incorporat al TRLCSP. Atès que els terminis previstos al TRLCSP són més amplis que els de la DC, s'han de seguir aplicant els terminis previstos en la normativa interna. El mateix és aplicable al procediment restringit (art. 28), diàleg competitiu (art.30) i licitació amb negociació (art. 29).

En el cas de la licitació amb negociació s'estableix un termini mínim de presentació d'ofertes inicials de 30 dies des de l'enviament de la invitació (el qual té efecte directe doncs el TRLCSP no estableix cap termini mínim). També té efecte directe la possibilitat d'adjudicar contractes sobre la base de les ofertes inicials sense negociar.

2.6. Associació per a la innovació (P)

El procediment d'associació per a la innovació (art. 31 de la DC) té aplicabilitat directa i podrà ser utilitzat pels poders adjudicadors, si així ho decideixen. Atesa la necessitat d'innovació permanent inherent als sectors sanitari i social, es tracta d'un procediment que pot resultar molt recomanable per a contractar el desenvolupament de solucions innovadores i la seva ulterior adquisició, sempre

que les solucions desenvolupades assoleixin els nivells de rendiments i costos màxims acordats inicialment.

2.7. Instruments i tècniques de contractació (P)

Igualment, els acords marc i sistemes dinàmics de contractació, així com les subhastes electròniques, poden ser aplicats de forma directa, si bé actualment ja es troben regulats en termes molt similars en el TRLCSP.

2.8. Catàlegs electrònics (P)

En virtut de l'article 36 de la DC, els poders adjudicadors podran exigir que les ofertes es presentin en forma de catàleg electrònic o que incloguin un catàleg electrònic, en els termes previstos en el referit precepte. L'article conté una regulació específica per als acords marc, els sistemes dinàmics d'adquisició i els contractes basats en aquests.

2.9. Centrals de contractació i compres conjuntes esporàdiques (P)

Els poders adjudicadors poden seguir recorrent a les centrals de compres i també realitzar contractacions conjuntes esporàdiques. Aquesta possibilitat, recollida en els articles 37 i 38 de la DC, ja estava recollida en la normativa interna (TRLCSP i Llei 2/2014, de 27 de gener, de mesures fiscals, respectivament), si bé la nova regulació europea pretén potenciar aquestes fórmules a efectes d'aconseguir una major eficiència en les contractacions i professionalitzar l'activitat contractual.

2.10. Consultes preliminars al mercat i participació prèvia de candidats o licitadors (P)

Els poders adjudicadors poden, abans d'iniciar un procediment de contractació, realitzar consultes al mercat amb vistes a preparar la contractació i informar als operadors econòmics respecte dels seus plans i requisits de contractació. L'article 40 de la DC explica com es poden realitzar aquestes

consultes, les quals en cap cas poden falsejar la competència ni donar lloc a vulneracions dels principis de no discriminació i transparència.

Quan un poder adjudicador voluntàriament hagi optat per realitzar consultes preliminars al mercat i un licitador o una empresa vinculada aquest l'hagi assessorat, el poder adjudicador haurà de prendre mesures per a garantir que la participació d'aquest candidat no falsegi la competència, segons l'article 41 de la DC. Només s'exclourà al candidat en qüestió quan no hi hagi un altre mitjà per a garantir el compliment del principi d'igualtat de tracte, sempre donant prèviament a aquest licitador la possibilitat d demostrar que la seva participació en la preparació del procediment de contractació no pot falsejar la competència.

2.11. Variants (P)

L'article 45 de la DC regula la possibilitat que tenen els poders adjudicadors d'autoritzar la presentació de variants o exigir que les presentin. El precepte està parcialment incorporat al TRLCSP, si bé la possibilitat d'exigir que es presentin variants és una novetat respecte la regulació anterior.

2.12. Divisió en lots

L'article 46 de la DC estableix que els poders adjudicadors podran optar per adjudicar un contracte en forma de lots separats i podran decidir la mida i objecte de dits lots. Quan es decideixi no subdividir en lots, caldrà indicar les principals raons en els plecs o bé en l'informe del contracte al qual es farà referència més endavant.

A l'anunci de licitació o a la invitació caldrà precisar si les ofertes poden presentar-se a un, diversos o tots els lots, amb la possibilitat de limitar el nombre de lots que poden adjudicar-se a un sol licitador fins i tot quan es puguin presentar ofertes a diversos o tots els lots, sempre que es precisin les normes per a determinar quins són els lots adjudicats.

2.13. Terminis

L'article 47 de la DC, relatiu a la determinació de terminis, es troba majoritàriament incorporat el TRLCSP, i específicament regulat per la pròpia DC per a cada procediment en concret (veure explicació sobre terminis de cada procediment de contractació).

Aquest precepte també incorpora alguna previsió que no és especialment novedosa respecte a què s'ha de tenir en compte a l'hora de fixar els terminis de recepció d'ofertes i sol.licituds de participació (la complexitat del contracte i el temps necessari per a preparar ofertes), sense perjudici dels terminis mínims fixats específicament per a cada procediment.

Té efecte directe l'obligació de prorrogar el termini per a la presentació d'ofertes quan no s'hagi facilitat la informació addicional sol.licitada per un licitador amb antelació suficient i quan s'introdueixin modificacions significatives en els plecs. La durada de la pròrroga haurà de ser proporcional a la importància de la informació sol.licitada o de la modificació introduïda.

2.14. Publicitat (anuncis en el DOUE)

L'article 48 de la DC regula els anuncis d'informació prèvia. Aquest precepte té efecte directe en termes generals, amb excepció de la que és la seva principal novetat respecte al previst en el TRLCSP: la possibilitat que els poders adjudicadors del sector públic autonòmic i local puguin fer servir aquest anunci com a convocatòria de licitació en procediments restringits i de licitació amb negociació. Només en aquest anunci es permet a l'òrgan de contractació optar entre publicar al DOUE o bé en el seu perfil del contractant (enviant anunci de dita publicació a la Oficina de Publicacions de la UE). Per a poder fer ús d'aquesta facultat fa falta una norma interna de transposició, a criteri de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya.

També té efecte directe l'article 49, relatiu als anuncis de licitació, el qual regula la informació que aquests han de contenir (a partir del 18 d'abril els anuncis s'han d'enviar complimentant els formularis previstos a l'annex V part D de la DC).

L'article 50 regula els anuncis d'adjudicació i té efecte directe amb alguna petita excepció. La principal novetat respecte a la regulació del TRLCSP (que els anomena anuncis de formalització) és que es redueix el termini que té el poder adjudicador per a enviar l'anunci d'adjudicació, el qual passa a ser de 30 dies a comptar des de la formalització del contracte.

Suposa una novetat l'exigència que incorpora l'article 51 de la DC, conforme els anuncis s'han d'enviar a la Oficina de Publicacions de la UE només per mitjans electrònics.

L'article 52 estableix la obligatorietat de precedència de la publicitat en el DOUE respecte de la publicitat a nivell nacional, essent una novetat la possibilitat de publicar-se anuncis en l'àmbit nacional abans que al DOUE si el poder adjudicador no rep notificació de la seva publicació a les 48 hores de la confirmació de la recepció de l'enviament de l'anunci.

L'article 75 regula l'obligació de publicar en el DOUE els anuncis relatius a la licitació i adjudicació de contractes de serveis socials i altres serveis específics (serveis d'hoteleria, correus i altres serveis a les persones no exclosos de l'àmbit d'aplicació de la Directiva, previstos a l'Annex XIV de la mateixa). Aquests serveis abans de eren objecte de publicació al DOUE per tractar-se de contractes que no estaven subjectes a regulació harmonitzada.

2.15. Disponibilitat electrònica dels plecs i sol.licitud d'informació addicional

L'article 53 de la DC, que té efecte directe, estableix l'obligació de facilitar per mitjans electrònics un accés lliure, directe, complet i gratuït als plecs a partir de la data de publicació de l'anunci de licitació o de la data d'enviament de la invitació, on haurà de constar l'adreça d'internet en la que es pot trobar aquesta documentació. Aquest mateix precepte també preveu quines són les alternatives en els casos en què no és possible el compliment d'aquest deure.

L'apartat 2 d'aquest article regula la sol.licitud d'informació addicional per part dels licitadors, fixant un termini màxim en el qual aquesta ha de ser facilitada per part dels poders adjudicadors, sempre que s'hagi sol.licitat amb suficient antelació. Si bé aquesta previsió ja estava incorporada en el TRLCSP específicament per als procediments oberts, caldrà estendre l'aplicació a la resta de procediments. Per a evitar discrepàncies amb els licitadors, recomanem regular en els plecs que regeixen les contractacions què es considera "suficient antelació".

2.16. Principis generals de la selecció dels participants i adjudicació dels contractes

Si bé l'apartat 1 de l'article 56 de la DC ja està incorporat al TRLCSP, la novetat (amb possibilitat d'aplicació directa) és la previsió expressa que una oferta pot ser exclosa per incompliment de les obligacions mediambientals, socials o laborals (veure explicació sobre les ofertes anormalment baixes, regulades a l'article 69 de la DC).

L'apartat 2 de l'article permet als poders adjudicadors examinar les ofertes dels procediments oberts abans de verificar els requisits de capacitat i solvència, sempre garantint que dita comprovació es realitzarà de manera imparcial i transparent a fi que no s'adjudiqui el contracte a un licitador que hagués hagut de ser exclòs o que no compleixi els requisits de selecció establerts.

L'apartat 3, que permet demanar als licitadors que esmenin la documentació o informació errònia o incompleta que hagin presentat, té efecte directe.

2.17. Motius d'exclusió (prohibicions de contractar)

S'estableix el deure d'excloure a un operador econòmic de la participació en un procediment de contractació quan estigui incurs en un dels motius d'exclusió previstos a l'article 57 de la DC. Aquests motius d'exclusió de la DC ja són aplicables en tant coincideixen majoritàriament amb els previstos al TRLCSP, doncs aquest precepte de la DC va ser pretransposat per la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de Règim Jurídic del Sector Públic.

No obstant, en la DC es regulen dos supòsits no han estat incorporats al TRLCSP (article 57, apartat 4 lletres d) i i)): que el poder adjudicador tingui indicis plausibles que el poder adjudicador ha arribat a acords amb altres operadors econòmics destinats a falsejar la competència i que el licitador hagi intentat influir indegudament en el procés de presa de decisions del poder adjudicador. Segons la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, aquestes causes podrien ser aplicades de manera potestativa pels poders adjudicadors, en no tractar-se d'un supòsit d'efecte directe vertical descendent sinó que són previsions que garanteixen el respecte als principis d'igualtat de tracte i d'oportunitats i beneficien les empreses no incurses en dites causes. En canvi, els Tribunals Administratius de Contractació Pública consideren que les prohibicions de contractar previstes a la DC que no hagin estat incorporades al TRLCSP no podrien ser aplicades de forma directa, per tractar-se d'un supòsit d'efecte directe vertical descendent. De tota manera, es planteja com una potestat que tenen els poders adjudicadors però en cap cas es planteja com una obligació.

Sí que té efecte directe indiscutible l'apartat 6 d'aquest precepte, el qual estableix que tot operador econòmic que es trobi incurs en un dels motius d'exclusió podrà presentar proves de que les mesures adoptades per ell són suficients per a demostrar la seva fiabilitat. Si dites proves es consideren suficients, l'operador econòmic en qüestió no quedarà exclòs del procediment de contractació.

2.18. Criteris de selecció (solvència) i recurs a les capacitats d'altres entitats

Es fixen els criteris de selecció que es poden imposar per part dels poders adjudicadors als operadors econòmics com a requisits de participació. L'article 58 de la DC innova respecte de la regulació del TRLCSP establint una limitació a l'exigència d'un volum anual mínim de negocis per a acreditar la solvència econòmica i financera, el qual no podrà excedir del doble del valor estimat del contracte excepte en casos degudament justificats com els relacionats amb els riscos especials vinculats a la naturalesa de les obres, els serveis o els subministraments. Dita justificació s'haurà d'incorporar en els plecs o bé en l'informe del contracte al qual es farà referència més endavant.

Per la seva part, l'article 63 de la DC, relatiu al recurs a les capacitats d'altres entitats, és d'aplicació directa. Malgrat la gran majoria del precepte ja està incorporat el TRLCSP, es fa un esment especial als títols d'estudis o professionals i a l'experiència professional, la qual només pot ser integrada si les entitats amb les què es pretén fer a integració van a executar les obres o a prestar els serveis pels quals són necessàries dites capacitats.

El segon paràgraf de l'apartat 1 de l'article 63 preveu que el poder adjudicador comprovarà si les entitats a la capacitat de les quals un licitador té la intenció de recórrer compleix amb els criteris de selecció i si estan incursos en prohibicions per a contractar, podent el poder adjudicador exigir la seva substitució si no compleix algun dels criteris de selecció o si li és d'aplicació algun motiu d'exclusió. Aquesta previsió ja estava incorporada en el TRLCSP, en seu de subcontractació, si bé ara la seva aplicació es pot estendre a altres supòsits que justifiquin la integració de la solvència.

La resta de l'article té efecte directe, si bé ja es pot considerar pretransposat en l'actual article 63 del TRLCSP, tot i que de forma més genèrica, amb les següents novetats que seran directament aplicables: la possibilitat que els poders adjudicadors exigeixin que tant el licitador que presenta oferta com l'entitat a la qual es recórrer per integrar la solvència econòmica i financera siguin responsables solidàriament i la possibilitat que els poders adjudicadors exigeixin que determinades tasques siguin executades per un participant concret dins d'una agrupació temporal d'empreses.

2.19. Document europeu únic de contractació (DEUC) i mitjans de prova

Els poders adjudicadors en el moment de presentació de les sol.licituds de participació o les ofertes, estaran obligats a acceptar com a prova preliminar el document europeu únic de

contractació, en virtut de l'article 59 de la DC, el qual té efecte directe junt amb el Reglament (UE) 2016/7, pel què s'estableix el formulari normalitzat del document europeu únic de contractació. Es tracta d'una declaració actualitzada de l'interessat, la qual substitueix els certificats expedits per les autoritats públiques o per tercers que confirmin que l'operador econòmic compleix amb les condicions exigides (no es troba incurs en cap prohibició de contractar i compleix amb els criteris de solvència establerts). El poder adjudicador pot demanar als candidats i licitadors que presentin la totalitat o part dels documents justificatius en qualsevol moment del procediment quan resulti necessari per a garantir el bon desenvolupament del mateix i, en tot cas, abans de l'adjudicació, el poder adjudicador exigirà al licitador al qual hagi decidit adjudicar el contracte que presenti els documents justificatius actualitzats. Per tant, l'acceptació del DEUC ara és obligatòria per als poders adjudicadors en els contractes subjectes a regulació harmonitzada.

Es recomana als poders adjudicadors incloure expressament en els plecs aquest dret dels licitadors, així com incorporar com a guia per als licitadors que vulguin exercir aquest dret les orientacions per a la complimentació del formulari normalitzat DEUC que incorpora la "*Recomanació de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat als òrgans de contractació en relació amb la utilització del Document Europeu Únic de Contractació previst a la nova directiva de contractació pública*", de data 6 d'abril de 2016.

Per altra banda, l'article 60 de la DC regula quins són els mitjans de prova que els poders adjudicadors poden exigir com a demostració de la inexistència de motius d'exclusió i del compliment dels criteris de solvència. No es poden exigir mitjans de prova diferents dels tipificats en el precepte, que són els certificats, declaracions i mitjans de prova previstos a l'annex XII de la DC. Els licitadors que, per una raó vàlida, no estiguin en condicions d'aportar els mitjans de prova sol·licitats seran autoritzats a acreditar la seva solvència per mitjà de qualsevol altre document que el poder adjudicador consideri apropiat.

2.20. Criteris d'adjudicació del contracte

L'article 67 de la DC determina que els poders adjudicadors han d'aplicar el criteri de l'oferta econòmicament més avantatjosa per a adjudicar els contractes públics. Aquesta es determinarà sobre la base del preu o cost, però el plantejament ha d'atendre a la relació cost-eficàcia, com pot ser el càlcul del cicle de vida, i pot incloure la millor relació qualitat-preu (P).

La millor relació qualitat-preu s'avaluarà en funció de criteris que incloguin aspectes qualitius, mediambientals i/o socials vinculats a l'objecte del contracte, en qualsevol dels seus aspectes i en qualsevol etapa del seu cicle de vida.

2.21. Ofertes anormalment baixes

Es manté en l'article 69 de la DC l'obligació per als poders adjudicadors d'exigir als operadors econòmics que expliquin el preu o els costos proposats en l'oferta quan aquestes semblin anormalment baixes, en uns termes molt similars als previstos en el TRLCSP. La novetat és que es fa esment exprés a alguns dels aspectes sobre els que pot demanar-se que se centrin les explicacions, destacant el compliment de les obligacions aplicables en matèria mediambiental, social o laboral establertes a la normativa aplicable (P). Els poders adjudicadors hauran de rebutjar una oferta si comproven que la raó per la que és anormalment baixa és perquè no compleix amb aquestes obligacions, i així ho han previst en els plecs.

2.22. Condicions d'execució (P)

L'article 70 de la DC estableix que els poders adjudicadors poden establir condicions essencials d'execució, en uns termes molt similars als previstos en el TRLCSP, si bé la DC posa exemples concrets.

2.23. Modificació de contractes

No hi ha una interpretació única en relació a quines de les previsions tenen efecte directe i quines no poden ser aplicades fins que s'aprovi i entri en vigor una norma interna de transposició.

Atès que el règim de modificacions previstos en el TRLCSP incorpora la jurisprudència del TJUE i en termes generals és més exigent que el de la Directiva, se segueix aplicant la regulació interna de les modificacions. No obstant, sí que té efecte directe l'obligació de publicar un anunci en el DOUE de les modificacions no previstes en els plecs.

Destaca com a novetat l'ampliació de l'abast del recurs especial en matèria de contractació, podent ser impugnables les modificacions contractuals.

També s'ha de considerar directament aplicable a qualsevol modificació, amb independència del seu valor, la prohibició que aquesta sigui substancial (article 72, apartat 1.e) de la DC). El mateix article, apartat 4, també té efecte directe quan estableix que una modificació es considera substancial quan aquesta tingui com a resultat un contracte o acord marc de naturalesa materialment diferent a la celebrada en un inici i enumera en quins casos específics s'ha de considerar que ho és. Destaca com a supòsit de modificació substancial la substitució del

contractista quan no es tracti d'un cas de reestructuració empresarial, regulació que desplaçaria la de l'actual TRLCSP en l'àmbit de la cessió de contractes. Tal com recomana la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, caldrà preveure en els plecs la possibilitat de cedir el contracte com a possible causa de modificació prevista.

També tenen efecte directe els apartats 72.1.a) i 72.c) de la Directiva, els quals estableixen de forma clara, precisa i incondicionada que els modificats no poden alterar la naturalesa global del contracte o de l'acord marc i que en les modificacions no previstes en els plecs s'ha de complir, entre d'altres, la següent condició: que dita modificació obeeixi a circumstàncies que un poder adjudicador diligent no hagués pogut preveure.

Si bé els Tribunals Administratius de Contractació Pública han considerat que l'apartat 2 de l'article 71 de la DC no té efecte directe, per estar prohibit l'efecte directe vertical descendent, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya entén que si que es podria aplicar directament aquesta disposició, la qual estableix la possibilitat de modificar un contracte si dita modificar és inferior als llindars comunitaris i al 10% del valor inicial del contracte en serveis i subministraments o al 15% en obres, sense que operi el límit de la modificació no substancial però si el relatiu a que no s'alteri la naturalesa del contracte o acord marc. Atès que l'òrgan revisor de les modificacions realitzades pels poders adjudicadors serà un dels Tribunals Administratius de Contractació Pública, recomanem aplicar les seves pautes i no fer ús dels modificats en base a aquest precepte en tant no s'incorpori aquesta previsió de forma expressa a la normativa interna.

2.24. Subcontractació

Tenen efecte directe els apartats 2, 4 i 5 de l'article 71 de la DC, si bé aquesta regula la subcontractació en termes molt similars al TRLCSP.

Es preveu de forma expressa l'obligació en els contractes d'obres i respecte dels serveis que hagin de prestar-se en una instal·lació sota la supervisió directa del poder adjudicador, un cop adjudicat el contracte i abans de l'inici de la seva execució, el poder adjudicador ha d'exigir al contractista principal que li comuniqui determinada informació dels subcontractistes, així com qualsevol modificació d'aquesta informació. Aquesta obligació es pot fer extensiva per part del poder adjudicador a altres contractes.

No tenen efecte directe els apartats 1, 3, 6,7 i 8 d'aquest article.

2.25. Rescissió de contractes

L'article 73 de la DC fa referència al terme "rescissió", el qual, adaptat a les figures previstes en el dret intern, pot fer referència tant a la resolució del contracte com a la declaració nul.litat. Despleguen efectes jurídics els tres supòsits previstos en el precepte: modificació substancial del contracte que hagués exigit un nou procediment de contractació, contractista incurs en un motiu d'exclusió en el moment de l'adjudicació del contracte i, finalment, existència d'un incompliment greu de les obligacions dels Tractats i de la Directiva declarat pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea.

2.26. Informes específics sobre els procediments per a l'adjudicació de contractes

Els poders adjudicadors hauran de redactar un informe escrit sobre cada contracte o acord marc regulat per la Directiva que inclogui determinada informació relativa al procediment. Aquest informe, segons l'article 84 de la DC, no serà exigit en el cas dels contractes derivats d'acords marc amb un únic empresari o bé amb diversos empresaris si en ell s'han establert totes les obligacions aplicables i les condicions objectives per a determinar quin dels operadors part en l'acord marc ha d'executar els contractes derivats.

Aquest informe haurà de ser transmès a la Comissió o a les autoritats nacionals competents quan així ho sol.licitin. També s'estableix el deure de conservar documentació suficient per a justificar les decisions adoptades en totes les etapes del procediment de contractació.

3. Especial esment a la investigació i innovació i a les clàusules socials i mediambientals

Malgrat no es configura com una obligació concreta per als poders adjudicadors, el cert és que de la lletra de la DC es desprèn clarament que aquesta pretén potenciar la investigació i la innovació, incloses la innovació ecològica i la social, atès que considera que són dos dels principals motors del creixement futur i ocupen una posició central en l'Estratègia Europa 2020. S'estableix que els poders públics han de fer el millor ús estratègic possible de la contractació pública per a fomentar la innovació.

És per aquest motiu que al llarg de l'articulat de la DC es poden detectar diverses mesures que han estat adoptades pel legislador europeu amb l'objectiu de contribuir a facilitar la contractació pública de o amb innovació. L'element innovació "impregna" la Directiva, alguns exemples són els següents: es manté l'exclusió de la contractació de determinats serveis d'I+D de l'àmbit d'aplicació (compra pública precomercial), s'introdueixen canvis en la regulació de procediments de contractació preexistents amb la finalitat de dotar-los d'una major flexibilitat per a poder tenir en compte la innovació (innovació com a causa habilitadora per a la licitació amb negociació i el diàleg competitiu, consultes preliminars al mercat, foment de l'ús de les variants, prescripcions tècniques amb criteri funcional, criteris de valoració, lotització) i també es regula un procediment específic que té la seva raó de ser la contractació d'innovació: l'associació per a la innovació.

De la mateixa manera, el legislador dóna eines als poders adjudicadors per a realitzar contractacions socialment responsables i respectuoses amb el medi ambient, i els insta a fer-ne ús. Algunes d'aquestes mesures han aparegut al llarg del present document, tals com: la nova regulació de les ofertes anormalment baixes on es pot configurar el procediment de manera que l'incompliment de les obligacions socials o mediambientals comporti l'exclusió del licitador, o la dels criteris de valoració de les ofertes on es podran tenir en compte aspectos mediambientals i socials, ampliant-se el ventall de supòsits en els que es pot considerar que els criteris tenen relació amb l'objecte del contracte.

En conseqüència, tot i no estar afectades aquestes previsions per un efecte directe vertical ascendent stricto sensu, els poders adjudicadors han de ser conscients que la DC els insta a fer un ús estratègic de la contractació pública, incorporant tant a les seves licitacions l'element innovació com clàusules socials i/o mediambientals, especialment en un àmbit com és el sanitari i social.

4. Conclusions

Com s'ha posat de manifest, el present document no té vocació d'exhaustivitat sinó que únicament pretén facilitar als poders adjudicadors de l'àmbit sanitari i social la interpretació i aplicació de les diferents recomanacions i guies emeses pels òrgans corresponents. Fruit de l'estudi dels documents que es citen a l'apartat "marc normatiu", s'han extret conclusions específiques per a cadascun dels principals bloc temàtics que són objecte de regulació per la norma comunitària, sempre des de la òptica de l'experiència del SACAC en l'activitat contractual dels poders adjudicadors de l'àmbit sanitari i social.

En termes generals, fins que no s'aprovi una nova Llei de Contractes del Sector Públic, els poders adjudicadors hauran de seguir aplicant la normativa interna de contractació pública però desplaçant aquells preceptes que entrin en contradicció amb les previsions de la DC i que siguin susceptibles de desplegar un efecte directe vertical ascendent. També hauran d'aplicar aquells preceptes de la DC susceptibles de desplegar efecte directe vertical ascendent i que no estan incorporats a la normativa interna.

Determinades disposicions de la DC (en el present document s'han identificat les principals amb la sigla "P"), poden ser aplicades pels poders adjudicadors de forma voluntària, atès que: no contravenen la normativa interna, la seva aplicació directa no comporta el desplegament d'un efecte directe vertical descendent (el qual està prohibit) i no restringeixen cap dret subjectiu dels candidats i licitadors, sinó que reforcen els principis informadors de la normativa de contractació pública i en molts casos recullen pràctiques acceptades i consolidades per la jurisprudència del TJUE.

S'ha constatat que existeixen divergències interpretatives entre els diferents òrgans consultius i de recursos contractuals en alguns àmbits, especialment pel que respecta les causes habilitadores dels procediments de contractació -destacant els diferents posicionaments relació al negociat sense publicitat per raó de la quantia- i als modificats contractuals. Es recomana als òrgans de contractació que actuïn amb prudència i, davant el dubte, optin per la solució menys restrictiva per als drets dels licitadors, que sempre serà aquella que doni més garanties al compliment dels principis de publicitat, transparència, concurrència, igualtat de tracte i no discriminació.

Barcelona, 15 d'abril de 2016