

Memòria explicativa del Projecte de Llei de contractació pública

1. Introducció

A través de la contractació pública, l'Administració i el conjunt del sector públic canalitzen la gran majoria d'inversions i despeses que porten a terme. Aquestes transaccions impliquen dos parts: el sector públic i l'operador econòmic privat que hi contracta, i en aquest sentit aquesta Llei té una gran incidència en la vida econòmica del país.

A més, la contractació pública és un instrument del sector públic per garantir l'efectiva implantació d'objectius d'inclusió social i sostenibilitat ambiental, i l'alineació del país amb els Objectius de desenvolupament sostenible de les Nacions Unides, els ODS. Un model de contractació pública social i ambientalment exigent és fins i tot més efectiu, per consolidar el Principat com un referent de qualitat, que normes que imposin obligacions en aquests terrenys.

La Llei ha de garantir l'eficàcia de la contractació racionalitzant la despesa i aconseguint un òptim rendiment dels recursos públics dedicats a l'adquisició d'obres, béns i serveis. Això implica el disseny de procediments que combinin l'agilitat amb la seguretat jurídica i permetin la lliure concurrència de tots els operadors econòmics, amb transparència i publicitat. L'ús de les tecnologies d'informació i comunicació, que l'Administració andorrana està implementant amb l'administració electrònica, s'ha d'estendre també a la contractació.

La Llei fomenta una contractació pública equilibrada, en què la defensa dels interessos del sector públic no entra en conflicte amb els operadors econòmics. Això s'aconsegueix també afavorint la contractació de microempreses i pimes, i estenent l'aplicació de la Llei al conjunt del sector públic, de manera que els requisits per contractar i els procediments siguin els mateixos per a tot el sector públic.

La Llei de contractació pública del 9 de novembre del 2000 ha estat un instrument útil i adaptat al funcionament del mercat andorrà en la seva aplicació durant vint anys. Ha millorat l'eficàcia de la regulació jurídica de la contractació pública i ha abastat la quasi totalitat dels contractes públics. A més, s'ha sotmès a un procés d'actualització i s'hi han afegit la regulació del contracte de concessió d'obres i –a través de la Llei de mesures de promoció de l'activitat econòmica i social, i de racionalització i d'optimització dels recursos de l'Administració– la possibilitat de reservar determinats contractes als operadors econòmics amb seu a Andorra.

Aquesta nova Llei permet recollir tant els compromisos que Andorra ha anat adoptant en aquestes dos dècades com els avenços en matèria tecnològica i els elements de racionalització del sistema, així com la creixent exigència en el compliment d'objectius socials i ambientals. L'abast dels canvis aconsella

plantejar la Llei no com una modificació de la Llei de contractació pública del 2000, sinó com una norma nova, amb una estructura i continguts ben diferenciats. Tot i això, moltes de les disposicions de la Llei de contractació pública del 2000 s'hi mantenen, de manera literal o amb adaptacions no substancials.

Per redactar la Llei s'han tingut en compte les normes de la Unió Europea, bàsicament les directives 2014/24, sobre contractació pública, i 2014/23, sobre adjudicació de contractes de concessió. També s'han pres en consideració les lleis de contractació pública d'altres estats, membres de la Unió Europea, i en particular la llei espanyola. En cap cas, però, no s'han transposat les directives, ans s'han tingut en compte els seus principis i la regulació dels principals aspectes de la contractació, com s'ha fet també amb les lleis comparades.

La Llei compleix amb els principis generals que regeixen la contractació pública a la Unió Europea, però atenent les dimensions de l'economia andorrana.

2. Estructura i contingut

Aquesta Llei té una estructura més desenvolupada que l'actual. Davant dels 69 articles de la Llei de contractació pública del 2000, avui ens trobem una norma integrada per 128 articles, més un conjunt de disposicions addicionals, transitòries, derogatòries i finals.

Ahora és una estructura diferent. La Llei de contractació pública del 2000 posava l'accent a regular cada un dels diversos contractes: obres, gestió de serveis públics, subministrament, treballs tècnics i serveis, més la concessió d'obres afegida per la Llei 5/2008, del 15 de maig, d'acompanyament del Projecte de Llei del pressupost 2008 sobre les noves formes de contractació i finançament d'obres públiques.

La nova Llei incideix en la regulació comuna dels diferents aspectes de la contractació: l'àmbit d'aplicació (els contractes exclosos i els règims especials, i les parts en el contracte) i el procediment (les diverses fases, la contractació electrònica i la racionalització tècnica). També són comunes les disposicions organitzatives. És el títol II el que regula els diferents contractes, i ho fa únicament en els aspectes específics. S'inclouen en aquest títol els contractes d'entitats del sector públic que no són administracions públiques, definits en aquest cas no per l'objecte, sinó per l'especificitat de l'entitat contractant.

a) Títol I. Disposicions generals

El títol I està integrat per 19 articles, dividits en dos capítols. El primer regula l'objecte i l'àmbit d'aplicació de la Llei i el segon, les parts en el contracte.

L'article 1 conté una definició dels contractes públics i fixa els grans principis que regeixen la contractació: necessitat, idoneïtat i eficiència.

L'article 2 distingeix entre l'Administració pública i el sector públic, que inclou també les empreses i les fundacions privades del sector públic, amb un grau de subjecció més baix a la Llei. Pel que fa a les empreses públiques, exclou les que operen en condicions de mercat i en competència amb altres empreses.

L'article 3 regula les excepcions i introdueix, en relació amb la Llei del 2000, un conjunt de noves excepcions, totes en consonància amb les directives europees i les lleis comparades. Podem destacar la defensa i la seguretat, els serveis audiovisuals, la recerca i el desenvolupament tecnològic, els serveis socials i les comunicacions electròniques.

Els sectors especials, és a dir, aigua, energia, telecomunicacions, transports i serveis postals, queden fora del marc de la Llei, però estan subjectes als grans principis de la norma, en particular el respecte dels compromisos socials i ambientals.

També es preveu un règim especial per als sectors socials, sanitaris, educatius i culturals.

La regulació que la Llei fa del contractista, en els articles 11 a 14, estableix els requisits de solvència tècnica, econòmica, financera i professional, i els supòsits de prohibicions; també busca una certa proporcionalitat entre les causes i els seus efectes i determina la temporalitat com a principi general. En relació amb els contractistes estrangers, la igualtat de tracte afavoreix els de la Unió Europea i la reciprocitat s'aplica a la resta. La Llei preveu mesures que evitin el tracte més favorable als estrangers. Finalment s'afavoreixen les UTE, per promoure la participació de les petites empreses.

La regulació de la classificació del contractista, que s'imposa per als contractes d'obres i subministraments a partir de determinats imports, es dissenya com un mecanisme per agilitzar el procediment. La Llei s'ha d'acompanyar d'un nou reglament de classificació, com es fixa en les disposicions finals.

b) Títol II. Normes aplicables als contractes públics

El títol II està integrat per 49 articles, distribuïts en sis capítols. Els tres primers regulen el procediment, que a l'efecte d'una millor sistematització es divideix en tres frases: la preparació (I), l'adjudicació (II) i l'execució (III). El quart tracta de

les garanties, el cinquè fa referència a la contractació electrònica i el sisè està dedicat a la racionalització tècnica de la contractació.

L'article 21 enumera les fases de la contractació: a) preparació de l'expedient de contractació; b) aprovació de l'expedient de contractació; c) licitació; d) adjudicació del contracte; e) formalització del contracte; f) en els contractes d'obres i en les concessions d'obres, replantejament; g) execució i modificació del contracte; i h) extinció i liquidació del contracte.

Pel que fa a la fase de preparació, la Llei en fa una regulació més detallada i estableix en l'article 22 la informació prèvia com un diàleg entre els poders adjudicadors i els operadors econòmics fet en condicions que no alterin la competència.

En els articles 25 i 26 regula les clàusules administratives i les prescripcions tècniques. Per agilitzar els procediments, en les disposicions finals es preveu que s'aprovin en ambdós casos models generals. Alhora, en la configuració de les prescripcions tècniques s'estableix un clar compromís amb consideracions socials i de sostenibilitat.

La divisió en lots, en l'article 27, es configura com un procediment que afavoreix la participació de les microempreses i les petites i mitjanes empreses, i que s'aplicarà si la naturalesa del contracte ho permet.

Pel que fa a l'adjudicació, la Llei detalla els procediments especials: la subhasta i la contractació directa, i defineix clarament els supòsits en què són aplicables, per evitar un abús i circumscriure'n l'ús als supòsits justificats.

El concurs és el procediment general per adjudicar els contractes públics i queda sotmès als principis d'igualtat, no-discriminació, transparència i publicitat, com fixa l'article 31.

Es regulen explícitament els procediments de contractació: obert, restringit i amb negociació. S'hi introdueixen nous procediments com són el diàleg competitiu i l'associació per a la innovació, pensats per a les contractacions més innovadores. Es regula també el concurs de projectes.

Per garantir la màxima transparència, la Llei preveu la presentació de les ofertes en tres sobres i l'obertura successiva: en primer lloc de l'avaluable qualitativament i en segon lloc, de l'avaluable per criteris objectius.

La Llei estableix l'adjudicació dels contractes d'acord amb l'oferta més avantatjosa, calculada per la ponderació de criteris de preu i de qualitat, i incloent-hi el càlcul del cost del cicle de vida. En aquest sentit, hi ha un compromís nítid amb els criteris socials i ambientals.

Finalment, en tota aquesta fase es fixen terminis suficients per als operadors econòmics, però ajustats per no dilatar excessivament el procediment. En particular, els terminis de formalització del contracte permeten als licitadors no adjudicataris exercir els seus drets de recurs.

En tercer lloc, i pel que fa a l'execució, la Llei regula els efectes del contracte i la seva modificació, suspensió, extinció i resolució.

L'article 49 preveu el recurs a l'arbitratge, si figura en el plec de clàusules administratives particulars, per resoldre els litigis referits a l'execució dels contractes.

L'article 50 tracta amb detall les modificacions que no requereixen iniciar un nou procediment de contractació, d'acord amb el que estableixen les normes europees i comparades. D'aquesta manera es pot combinar flexibilitat i seguretat jurídica, i es garanteix la possibilitat d'adaptar els contractes per, entre altres coses, noves circumstàncies sobrevingudes.

En els supòsits de suspensió i resolució, la Llei preveu els efectes econòmics i determina la possibilitat d'establir un règim d'indemnitzacions al contractista, en el cas de la suspensió o de la resolució imputable al poder adjudicador, o al poder adjudicador si la resolució és responsabilitat del contractista.

La Llei inclou també en l'article 54 la possibilitat de cessió del contracte i de subcontractació. En ambdós casos calen l'autorització expressa de l'òrgan de contractació i la previsió explícita en el plec de clàusules administratives particulars. La subcontractació no eximeix de responsabilitat el contractista principal.

La regulació, en l'article 56, de la revisió de preus protegeix el contractista davant de les alteracions de costos que puguin afectar l'equilibri econòmic del contracte. En el cas de mora del contractista, no s'aplica per als períodes de retard: no escau si hi ha mora del contractista.

El capítol quart desenvolupa les garanties. L'article 57 estableix com a regla general la supressió de les garanties provisionals, per entendre que poden tenir un efecte dissuasiu per a les microempreses i els professionals.

En l'article 59 s'hi inclou la retenció d'una part del primer pagament al contractista com a modalitat admesa per constituir la garantia.

Una de les novetats destacades de la Llei és la introducció, en el capítol cinquè, de la contractació electrònica, com a modalitat general (en les disposicions transitòries es fixa un termini per implementar-la), que s'ha de coordinar amb l'avançament en l'administració electrònica.

La Llei, d'una banda, estableix que els mitjans no han de ser discriminatoris i les tecnologies han de ser d'accés general. A més, les eines de recepció electrònica que es posin en funcionament han de permetre determinar la data i l'hora de la recepció i garantir-hi l'accés només als operadors autoritzats.

Finalment, el capítol sisè també innova, en introduir en la regulació andorrana de la contractació pública, sota el títol de *Racionalització tècnica de la contractació*, tres instruments que redueixen la càrrega que pot suposar la contractació, sense vulnerar-ne els principis. Es tracta dels acords marc, dels sistemes dinàmics d'adquisició i de les centrals de compra, especialment adequats per a contractes similars o repetitius, i s'hi inclou també l'agrupació de poders adjudicadors.

Per a un país de territori i població reduïts, és important regular la contractació transnacional, amb poders adjudicadors d'altres estats, amb l'objectiu afegit d'afavorir la participació d'operadors econòmics nacionals en aquests contractes.

c) Títol III. Tipus de contractes

El títol III està integrat per 52 articles, distribuïts en sis capítols. Els cinc primers regulen els contractes segons el seu objecte: obres (I), concessió d'obres (II), concessió de serveis (III), subministraments (IV) i serveis (V). El capítol cinquè inclou les normes relatives als contractes d'entitats que no tinguin la condició d'administracions públiques.

Cal assenyalar que, d'una banda, s'han harmonitzat els tipus de contractes amb els d'ús comú a escala comparada. Això suposa, en relació amb la Llei del 2000, que els contractes de gestió de serveis públics passen a ser les concessions de serveis, i els de treballs tècnics i serveis esdevenen els contractes de serveis. A més s'han inclòs en la Llei, com no podia ser d'altra manera, les concessions d'obres, fins ara regulades per una llei específica: la 5/2008.

Per a aquest conjunt de contractes regeixen les normes de procediment que desenvolupa el títol II de la Llei, i en tot cas aquestes disposicions agrupades en el títol III les complementen regulant les especificitats derivades de l'objecte del contracte.

Per als contractes d'obres, l'article 82 estableix la responsabilitat per vicis ocults, i en modula la durada entre dos i deu anys, d'acord amb la gravetat i l'impacte sobre l'obra. És propòsit del legislador harmonitzar els trets i la durada d'aquesta acció en totes les obres, públiques i privades.

La Llei regula les concessions d'obres i serveis atenent el que és l'objectiu que justifica aquest règim concessional. La Llei evita configurar la concessió com un mecanisme amb l'única finalitat de reduir la despesa pública, i la regula com un instrument de col·laboració publicoprivada que garanteix la implicació del sector

privat en els objectius generals de desenvolupament del país i a canvi li ofereix una remuneració adequada.

La concessió es basa en la tramesa del risc operacional al concessionari, però la regulació que en fa la Llei ofereix als concessionaris diversos mecanismes per rescabalar-se davant de circumstàncies que no tenen cabuda en aquest risc operacional.

La Llei és flexible pel que fa a la durada de les concessions, per permetre al concessionari recuperar les inversions i obtenir un benefici industrial. Això fa que els terminis màxims es puguin prorrogar, per restablir l'equilibri econòmic o per recuperar inversions posteriors.

També planteja diverses modalitats de finançament de la concessió, sobretot en el cas de la concessió d'obres, perquè l'operador econòmic pugui atendre inversions extraordinàries que requereixen aportacions exteriors, públiques o privades.

La Llei regula la intervenció de les concessions, d'obres i serveis, que permet a l'Administració assumir amb caràcter temporal l'explotació d'una obra o servei quan el titular de la concessió no pot assumir les seves obligacions per causes alienes a la concessió, amb un greu i evident perill social.

Pel que fa als contractes de subministraments, la Llei amplia en l'article 106 els supòsits de contractació directa quan calen lliuraments complementaris o per als subministraments la uniformitat dels quals sigui necessària. També redueix molt les formalitats per als subministraments d'import menor.

En el cas del contracte de serveis, la Llei inclou la possibilitat que determinats serveis públics siguin prestats per operadors privats, més enllà de les concessions de serveis. A aquest efecte, l'article 116 regula els contractes de serveis en benefici directe de la ciutadania, en què el poder adjudicador assumeix el risc operacional.

El darrer capítol del títol III, el sisè, tracta dels contractes d'entitats que no tenen la condició d'administracions públiques. La Llei n'estableix la subjecció al procediment (no obstant això, fixa llindars econòmics més elevats que per als contractes atorgats per les administracions públiques) i la subjecció al dret privat, pel que fa als seus efectes i l'extinció, si bé l'article 118 determina un seguit d'excepcions, en particular quant al compliment d'obligacions ambientals, socials i laborals, sobre cessió i subcontractació, i sobre contractació electrònica i racionalització tècnica de la contractació.

c) Títol IV. Disposicions organitzatives i finals

El títol IV està integrat per 7 articles, bàsicament de caràcter organitzatiu.

El títol IV conté algunes novetats importants. En l'article 122 introdueix el compromís de planificar la contractació a mitjà termini, en consulta amb els operadors econòmics del país.

Pel que fa a la Junta de Contractació, a l'article 125 es preveu que en formin part dos representants dels operadors econòmics andorrans i se li atorguen, entre altres aspectes, funcions de mediació entre l'òrgan de contractació i el contractista.

L'article 126 crea el Registre Oficial de Licitadors i Empreses Classificades, que ahora que garanteix la transparència del sistema facilita la participació dels operadors econòmics andorrans en els contractes públics.

Finalment, l'article 128 crea la Plataforma de contractació, de caràcter electrònic i a través de la qual l'Administració general posa a disposició de tots els òrgans de contractació del sector públic una plataforma electrònica que permet la difusió a través d'Internet dels seus perfils de contractant. El seu objectiu és agilitzar la tramitació dels expedients de contractació i garantir en tot moment la seguretat jurídica.

d) Disposicions finals

Com a complement de l'articulat, la Llei inclou sis disposicions addicionals, set de transitòries, una de derogatòria i sis de finals.

La disposició addicional primera estableix la subjecció a la Llei dels contractes concertats pel Consell General, l'Administració de justícia i el Tribunal Constitucional.

Altres disposicions addicionals inclouen l'aplicació de la Llei als comuns, la contractació a l'estranger, l'actualització dels imports que figuren en l'articulat, la definició de *microempresa*, *petita empresa* i *mitjana empresa* i la subjecció al dret privat dels contractes formalitzats per la Cambra de Comerç, Indústria i Serveis.

La disposició transitòria primera fixa la subjecció a la normativa anterior a aquesta Llei dels contractes en vigor i dels expedients iniciats en el moment de l'entrada en vigor d'aquesta Llei.

La segona, la tercera, la quarta, la cinquena, la sisena i la setena disposicions mantenen la regulació actual d'aspectes com terminis de pagament, plataforma de contractació, llindars dels contractes, presentació de les ofertes i sistemes dinàmics d'adquisició, fins que s'implementi la contractació electrònica.

Especialment importants són les disposicions transitòries vuitena i novena, que permeten mantenir la vigència dels anomenats contractes nacionals fins que el marc de relació amb la Unió Europea obligui a suprimir-los, i que fan possible donar el tracte de contractistes estrangers als contractistes de la UE fins que l'Acord d'associació exigeixi la igualtat de tracte.

Les disposicions finals, per la seva banda, expressen el compromís del Govern de garantir el desenvolupament reglamentari de la Llei en el termini màxim d'un any des de l'entrada en vigor de la Llei, i l'aprovació del nou reglament de classificació i del model de plec general, de clàusules administratives i prescripcions tècniques, coincidint amb l'entrada en vigor de la Llei.

3. Consultes i tràmits d'audiència

La contractació pública incideix tant en el conjunt del sector públic del Principat com en els operadors econòmics del país, ja siguin empreses (persones jurídiques) o professionals liberals (persones físiques).

En conseqüència, durant el procés de redacció del Projecte de Llei el Govern ha consultat les entitats representatives del sector privat, d'una banda, i el conjunt d'administracions i altres organismes i entitats que integren el sector públic, de l'altra, i els ha donat audiència.

S'han mantingut reunions de treball amb els principals operadors econòmics, com la Cambra de Comerç, Indústria i Serveis d'Andorra (CCIS); la Confederació Empresarial d'Andorra (CEA); l'Associació de Contractistes d'Andorra (ACODA); l'Associació de Gestors de Residus d'Andorra (Agreda); l'Associació Nacional de Negociants, Importadors i Exportadors de Mercaderies Industrials (ANIM), i els col·legis professionals (col·legis oficials d'arquitectes, d'enginyers i d'arquitectes tècnics).

S'ha dut a terme també un procés de consultes amb els comuns i les entitats del sector públic afectades per la Llei.

A més s'han mantingut intercanvis amb altres entitats i òrgans, com el Tribunal d'Arbitratge del Principat d'Andorra.

Durant l'elaboració del text s'ha consultat un expert en dret constitucional andorrà per les qüestions de repartiment competencial entre les administracions i en particular per les competències dels comuns.

El procés de consultes ha permès un exercici continuat de modificació del text i ahora hi ha obligat. Aquest procés ha estat multidireccional i en tot moment s'ha vetllat per la compatibilitat de totes les propostes i el manteniment de la coherència del text en el seu conjunt.

4. Impacte econòmic de la Llei

El conjunt d'institucions i entitats que componen els poders adjudicadors desenvolupen des de fa anys una intensa activitat de contractació pública, sotmesa als procediments definits per la Llei de contractació pública del 2000. La simplificació i l'agilització dels procediments, la introducció de la contractació electrònica i dels instruments de racionalització tècnica de la contractació i la creació de la Plataforma de contractació tindran un impacte positiu i suposaran un estalvi en els costos que impliquen els expedients de contractació per a les administracions i altres entitats del sector públic; un estalvi que en molts casos també beneficiarà els operadors econòmics que concorrin a una licitació.

En el cas d'entitats del sector públic que fins a aquesta Llei no estaven subjectes als procediments de contractació pública, i que a partir de l'entrada en vigor de la nova norma hi quedaran subjectes, l'impacte sobre els costos serà neutre o residual.

Hom pot preveure que els principis que presideixen la Llei, de necessitat i idoneïtat i d'eficiència de la contractació, i la incorporació de criteris de sostenibilitat social i ambiental relacionats amb l'objecte del contracte, així com el fet que una única norma regeixi el conjunt dels contractes del sector públic andorrà, tindran un efecte també positiu sobre els costos d'inversió i despesa públiques en obres, béns i serveis, sense impactar negativament en els operadors econòmics.

Al mateix temps, l'aposta clara que fa la Llei per les fórmules concessionals reforça el paper de la col·laboració publicoprivada en les inversions en obres i serveis, i alleugereix també la càrrega financera per al sector públic del Principat.

La posada en marxa de la contractació electrònica no suposa una despesa addicional, perquè s'inscriu en el pla d'implantació de l'administració electrònica al Principat, a partir de la modificació del Codi de l'Administració aprovada l'any 2018. La Plataforma de contractació forma part d'aquest objectiu, i sens dubte implementar-la permetrà un estalvi per al conjunt del sector públic andorrà.

Finalment, la creació del Registre Oficial de Licitadors i Empreses Classificades no comporta una despesa addicional significativa. En tot cas, els seus costos seran assumits dins el pressupost corrent del ministeri encarregat de les finances.