

Ref.: SUB/SJSCA/mvt
Assumpte: informe 2/2023

INFORME 2/2023, DE 12 DE MAIG DE 2023. INFORME AL DECRET __/2023, DE __ DE __, DEL CONSELL, PEL QUAL S'ESTABLEIXEN ELS CRITERIS PER A GARANTIR UNA OFERTA ALIMENTÀRIA SALUDABLE I SOSTENIBLE EN SERVEIS DE RESTAURACIÓ COL·LECTIVA DE LA COMUNITAT VALENCIANA I EN LA VENDA AUTOMÀTICA D'ALIMENTS I BEGUDES

ANTECEDENTS

En data 11 d'abril de 2023, ha tingut entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa una sol·licitud d'informe de la Conselleria de Sanitat Universal i Salut Pública (Direcció General de Salut Pública i Addiccions), mitjançant la qual formula consulta del tenor literal següent:

«Amb motiu de l'elaboració del Decret __/2023, de __ de __, del Consell, pel qual s'estableixen els criteris per a garantir una oferta alimentària saludable i sostenible en serveis de restauració col·lectiva de la Comunitat Valenciana i en la venda automàtica d'aliments i begudes, és preceptiu que s'emeta informe de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa i posterior remissió a:

Direcció General de Salut Pública i Addiccions
Av. de Catalunya, 21
46021 València»

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

L'article 2.1.a Decret 35/2018, de 23 de març, del Consell, pel qual es regula la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, estableix que la Junta informarà amb caràcter preceptiu els projectes de disposicions de caràcter general de la Generalitat, que incidisquen en matèria de contractació pública, amb caràcter previ al dictamen del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, en el seu cas.

Donades les funcions que té atribuïdes aquesta Junta Superior com a òrgan consultiu en matèria de contractació, aquest informe només incidirà en aquelles disposicions del projecte de decret que fan referència a aquesta matèria.

Aquest projecte substitueix el Decret 84/2018, de 15 de juny, del Consell, de foment d'una alimentació saludable i sostenible en centres de la Generalitat.

Si bé es considera que les matèries regulades en el projecte de norma bé podrien ser objecte d'una guia aprovada per acord del Consell i la proposta d'uns plecs de prescripcions tècniques tipus per a tots els sectors afectats de l'Administració del Consell.

Així mateix, les consideracions de tipus social excedeixen de la regulació proposada tal com resa el seu títol i el seu text, atés que a tals extrems estan previstos en el Decret 118/2022, de 5 d'agost, del Consell, pel qual es regula la inclusió de clàusules de responsabilitat social en la contractació pública i en les convocatòries d'ajudes i subvencions. Ha de tindre's en compte que l'esmentat Decret 118/2022 és d'aplicació a tota

l'Administració de la Generalitat i al seu sector públic instrumental. Regular en dues normes diferents la mateixa matèria atempta contra el principi de seguretat jurídica previst en l'article 9.3 de la Constitució Espanyola. Per tant, qualsevol esment a aquests criteris en projecte de decret òbvia la normativa ja existent a més d'haver d'existir una clara vinculació amb l'objecte del contracte.

Passem analitzar els preceptes relatius a la contractació pública.

«Article 21. Contractació pública

1. Totes les adjudicacions i contractacions de serveis i subministraments compresos en l'àmbit subjectiu i objectiu d'aquest decret, de titularitat pública, s'atindran a les normes i procediments establits en la legislació de contractes públics.

2. Els òrgans de contractació, en els seus plecs o documentació preparatòria equivalent, hauran d'assenyalar de manera preceptiva i amb caràcter de mínims els clausulats següents:

a) L'anunci de licitació i l'objecte del contracte hauran d'indicar expressament que la contractació incorpora criteris d'alimentació saludable i sostenible, ambientals i socials.

b) Llista detallada de productes no permesos en els menús.

c) Especificacions tècniques en què s'indiquen el nombre mínim obligatori d'espècies, peces o racions mínimes de fruita, hortalissa i verdura fresca i de temporada; peix fresc; ous frescos; cereals integrals; oli d'oliva; carns i la seua tipologia; llegums i altres.

d) Llista detallada de criteris d'adjudicació relatius a la qualitat dels productes alimentaris, la ponderació mínima dels quals serà del 30 per cent sobre el total del barem, i que s'avaluaran conforme a criteris objectius de nombre d'unitats, percentatges, imports o quanties. Aquests criteris hauran de referir-se a aquests apartats:

1r. Aliments ecològics certificats.

2n. Varietat de fruites i hortalisses fresques i de temporada.

3r. Aliments amb indicació geogràfica protegida (IGP) i denominació d'origen protegida (DOP), o altres marques de qualitat diferenciada.

e) Llistat detallat de criteris d'adjudicació relatius a la qualitat ambiental de la proposta, la ponderació mínima de la qual serà del 25 per cent sobre el total del barem. Aquests criteris hauran de referir-se a aquests apartats:

1r. Disminució de gasos d'efecte d'hivernacle a través del consum de productes alimentosos proximitat.

2n. Formació del personal adscrit directament a l'execució del contracte en matèria ambiental.

3r. Plans o procediments mediambientals relatives al desaprofitament alimentari, la separació i recollida de residus, el consum energètic, la utilització d'envasaments, o l'ús de productes de neteja.

f) Llista detallada de criteris d'adjudicació relatius a la qualitat social i al foment de l'economia local de la proposta, la ponderació mínima de la qual serà del 15 per cent sobre el total del barem. Aquests criteris hauran de referir-se a aquests apartats:

1r. Canales directes o curts de distribució.

2n. Formació del personal adscrit directament a l'execució del contracte en matèria d'alimentació sostenible i saludable.

3r. Polítiques d'igualtat de gènere, d'inserció laboral de persones amb discapacitat o de persones en risc d'exclusió, o la subcontractació de centres especials d'ocupació, empreses d'inserció o empreses i entitats d'economia social.

g) La ponderació màxima de l'oferta econòmica no serà superior al 20 per cent sobre el total del barem. Les fórmules matemàtiques que s'utilitzen en els plecs per a determinar la puntuació que haja d'assignar-se a l'oferta econòmica presentada pels licitadors, hauran de dissenyar-se de tal manera que desincentiven la presentació d'ofertes sotmeses en baixa temerària i/o preveure l'indar de societat.

h) Preu mínim per partida alimentària o menú per sota del qual les ofertes plantejades seran considerades baixes temeràries o desproporcionades.

i) Condicions especials d'execució del contracte de tipus ètic, social o mediambiental.

j) Règim de verificació, infraccions i sancions.

3. Si la contractació es realitzara mitjançant contracte menor o sense concurrència pública, s'hauran de reflectir en l'expedient de forma detallada les invitacions realitzades a presentar ofertes, i la formalització del contracte haurà de contindre tots els aspectes indicats en aquest decret.

4. Les conselleries, en funció del seu àmbit competencial, facilitaran plecs tipus que recullen totes les disposicions previstes en aquesta normativa.

5. Totes les especificacions tècniques, els criteris d'adjudicació i les condicions especials d'execució relatives a qualitat alimentària, social i mediambiental es consideren obligacions contractuals essencials.

6. Els plecs del contracte hauran d'incloure les penalitats per l'incompliment de les especificacions tècniques, els criteris d'adjudicació i les condicions especials d'execució relatives a qualitat alimentària, social i mediambiental.»

L'establiment *de minimis* en la ponderació no és compatible amb l'accés de les PIMES a la contractació pública, un dels objectius de les directives de quarta generació, i per tant objectiu de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (d'ara endavant, LCSP).

Com ja va indicar aquesta Junta en el seu informe 13/2021, de 18 de febrer de 2022, sobre els criteris d'adjudicació i que té cabuda respecte dels criteris del projecte de decret:

«Així mateix, és necessari posar en context el que determina el considerant 97 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contractació pública, respecte de la inclusió de criteris d'adjudicació i condicions d'execució de responsabilitat social.

No obstant això, la condició que existisca un vincle amb l'objecte del contracte exclou els criteris i condicions relatius a la política general de responsabilitat corporativa, la qual cosa no pot considerar-se com un factor que caracteritzi el procés específic de producció o prestació de les obres, subministraments o serveis adquirits. En conseqüència, els poders adjudicadors no poden estar autoritzats a exigir als licitadors que tinguen establida una determinada política de responsabilitat social o mediambiental de l'empresa.

La inclusió de criteris socials en la contractació revist els requisits següents a la llum de la Directiva 2014/24/UE, sobre contractació pública, i la jurisprudència comunitària:

a) Han d'estar vinculats a l'objecte del contracte.

b) Han de ser específics i quantificables objectivament.

c) Han de respectar el dret europeu, especialment el principi de no discriminació, i com a correlat, la lliure prestació de serveis i d'establiment.

d) Han de publicar-se prèviament.

e) Han de permetre efectuar una avaluació comparativa del nivell de rendiment de cada oferta respecte de l'objecte del contracte tal com es defineix en les especificacions tècniques. En aquest sentit, el considerant 92 de la Directiva 2014/24/UE indica:

“En avaluar la millor relació qualitat-preu, els poders adjudicadors haurien de determinar els criteris econòmics i de qualitat relacionats amb l'objecte del contracte que utilitzaran a aquest efecte. Aquests criteris han de permetre, doncs, efectuar una avaluació comparativa del nivell de rendiment de cada oferta respecte de l'objecte del contracte tal com es defineix en les especificacions tècniques. En el context de la millor relació qualitat-preu, aquesta directiva inclou una llista no exhaustiva de possibles criteris d'adjudicació que inclouen aspectes socials i mediambientals. S'ha d'encoratjar els poders adjudicadors a triar els criteris d'adjudicació que els permeten obtindre obres, subministraments i serveis de gran qualitat que responguen tan bé com siga possible a les seues necessitats.”»

Els criteris de tipus mediambiental previstos reflecteixen un tipus d'empresa concreta amb una responsabilitat mediambiental que no pot ser avaluada. Lluny de permetre seleccionar el millor producte associen l'objecte del contracte a la responsabilitat social corporativa de les empreses la qual cosa no és evaluable. En aquest sentit la STJUE en l'assumpte C-368/10, Comissió Europea contra Regne dels Països Baixos, de 10 de maig de 2012.

«El principi de transparència implica que tots els requisits i modalitats del procediment d'adjudicació es formulen de manera clara, precisa i unívoca, en l'anunci de licitació o en el plec de condicions, de manera que, d'una banda, tots els licitadors raonablement informats i normalment diligents puguin comprendre el seu abast exacte i interpretar-los de la mateixa forma i, d'altra banda, l'entitat adjudicadora pugui comprovar efectivament que les ofertes presentades pels licitadors responen als criteris que regeixen el contracte de què es tracta (vegeu, en particular, la Sentència de 29 d'abril en/CAS Succhi di Frutta).

Doncs bé, com l'advocat general va assenyalar en el punt 146 de les seues conclusions, ha d'assenyalar-se que requisits relatius al respecte dels "criteris de sostenibilitat de les compres i de responsabilitat social corporativa", i a l'obligació de "contribuir a millorar la sostenibilitat del mercat del café i a una producció de café responsable des del punt de vista ecològic, social i econòmic" no presenten la claredat, precisió i univocitat necessàries perquè qualsevol licitador raonablement informat i normalment diligent pugui saber amb certesa i exhaustivitat quins són els criteris que abasten aqueixos requisits. El mateix succeeix, amb major raó, pel que fa a la petició dirigida als licitadors que indiquen en la seua oferta "com compleixen" aquests criteris o "com contribueixen" als fins assenyalats pel poder adjudicador en relació amb el mercat i la producció del café, sense proporcionar-los cap indicació precisa sobre la informació que han de facilitar.»

Cal incidir, a més, que els productes amb certificats ecològics concrets (que dit siga de pas no s'estableixen en annex aquells certificats reconeguts universalment), «marques», IGP o denominació d'origen, són discriminatòries i vulneren la igualtat de tracte dels licitadors infringint les polítiques de mercat interior de la UE i el seu tractat fundacional, bàsicament la lliure prestació de serveis. Els productes de proximitat o quilòmetre zero podrien infringir, així mateix, aquestes polítiques per raons de territorialitat.

Quant a la ponderació màxima del criteri preu, desconeixem la raó per la qual s'ha establert, però ha de tindre's en compte que conforme a l'article 1.1 de la LCSP disposa:

«Aquesta llei té per objecte regular la contractació del sector públic, a fi de garantir que s'hi ajusta als principis de llibertat d'accés a les licitacions, publicitat i transparència dels procediments, i no discriminació i igualtat de tracte entre els licitadors; i d'assegurar, en connexió amb l'objectiu d'estabilitat pressupostària i control de la despesa, i el principi d'integritat, una eficient utilització dels fons destinats a la realització d'obres, l'adquisició de béns i la contractació de serveis mitjançant l'exigència de la definició prèvia de les necessitats a satisfer, la salvaguarda de la lliure competència i la selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa.»

D'una altra part, la frase «hauran de dissenyar-se de tal manera que desincentiven la presentació d'ofertes sotmeses en baixa temerària i/o preveure l'indar de sacietat», és contrària als principis de la contractació pública consagrats en l'article 1 de la LCSP perquè la llei no prohibeix les ofertes anormalment baixes. Quant als l'indars de sacietat no estan regulats en la llei, és més respecte d'aquests últims, encara que admesos pel Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, en data 17 de juny de 2021, es va dictar interlocutòria d'admissió pel Tribunal Suprem del recurs de cassació en el qual es qüestionen aquests l'indars, pendent de resolució.

Respecte del preu mínim per partida alimentària o menú per davall del qual les ofertes plantejades «seran considerades baixes temeràries o desproporcionades» resulta obvi i innecessari.

D'una altra part, la redacció de l'article 21 relativa a la ponderació mínima i màxima dels criteris d'adjudicació, no suma el 100 per cent. Relacionant aquest article amb el 22, en la lletra *g* de l'anterior article 21 creiem que hauria d'indicar «la ponderació màxima de l'oferta econòmica no serà inferior al 20 per cent».

En quant a condicions especials d'execució del contracte de tipus ètic, social o mediambiental, reiterem que les condicions ètiques i socials que han d'estar igualment vinculades a l'objecte del contracte estan establides en el Decret 118/2022, de 5 d'agost, del Consell, i que igual que els criteris d'adjudicació d'aquest caràcter al llarg del projecte no han de vindre referides en aquest. Però el que més es qüestiona aquesta Junta és a quines condicions es refereix perquè no es preveu en annex ni en cap apartat del text un elenc de condicions especials d'execució de lliure elecció per l'òrgan de contractació sempre que es complisquen les previsions de l'article 202 de la LCSP i vinculades a l'objecte del contracte. A més, l'article es contradia, perquè les qualifica com a obligació contractual essencial i, per tant, causa de resolució del contracte i, d'altra banda, estableix que els plecs hauran d'imposar penalitats. Això és contradictori, perquè si és causa de resolució del contracte no procedeix la imposició de penalitats.

D'una altra part, ens sembla greu, com a poc, que siguin els plecs els que regulen infraccions i sancions el que resulta contrari al principi de legalitat, assentat en el article 25 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, per la qual cosa han de regular-se en una norma amb rang de llei. Els plecs poden establir penalitats concretes, per a això el decret haurà d'indicar quines conductes se'ls considera mereixedores de penalitat i quines de les penalitats de les establides en la LCSP s'hi aplica. El mateix ocorre amb les verificacions. Res no es diu per a indicar als òrgans de contractació la verificació.

«Article 21.3

Si la contractació es realitza mitjançant contracte menor o sense concurrència pública, s'hauran de reflectir en l'expedient de forma detallada les invitacions realitzades a presentar ofertes, i la formalització del contracte haurà de contindre tots els aspectes indicats en aquest decret.»

Dissentim profundament d'aquest apartat. En primer lloc, està regulant aspectes de la contractació menor que extralimiten l'article 118 i 153.2 de la LCSP. D'una altra part, la inclusió de «o sense concurrència competitiva», llevat que el contracte menor que permet l'adjudicació directa a una empresa, no hi ha cap supòsit de concurrència competitiva excepte el procediment excepcional de l'article 168.a, punt 2n, que no hi seria aplicable».

«Article 22. Contractació de diverses prestacions de serveis i subministraments

1. En els contractes subjectes a la legislació de contractes del sector públic, l'objecte del qual incloga diverses prestacions entre les quals es prevegen activitats relacionades amb l'alimentació, els criteris d'adjudicació que es prevegen hauran d'assignar, als relacionats amb l'alimentació, una ponderació no inferior al 20 per cent del total.

2. En tot cas, els criteris d'adjudicació que puntuen la part de les ofertes dels licitadors relativa a l'alimentació hauran de tindre en compte els extrems previstos en l'article anterior.»

Ens remetem al que s'ha dit al llarg de l'informe respecte a la ponderació mínima, els criteris d'adjudicació, etc.

DISPOSICIONS TRANSITÒRIES

Segona. Contractes de serveis d'alimentació

Els contractes de serveis d'alimentació inclosos en l'àmbit d'aplicació d'aquest decret adjudicats a la data de la seua entrada en vigor es regiran pel que s'estableix en aquest decret, a excepció del que es disposa en l'article 10, l'efectivitat del qual entrarà en vigor a partir dels dotze mesos.»

La primera part d'aquesta disposició suposa la retroactivitat de la norma, la qual cosa és inconstitucional. Atemptant, d'aquesta manera, contra el principi d'irretroactivitat de les disposicions sancionadores, no favorables o restrictives de drets individuals (article 9.3 de la Constitució Espanyola), a més de la seua impossible aplicació en la pràctica a un contracte ja adjudicat conforme a un plec prèviament aprovat.

Trobem totalment necessari la dilació de l'entrada en vigor del Decret 12 mesos perquè les conselleries competents per raó de la matèria regulada emeten, si persisteix en l'aprovació d'aquesta norma reglamentària, guies orientadores o plecs model de prescripcions tècniques i perquè les empreses que opten a les licitacions puguen adaptar-se al que es preveu en aquest.

Vist i plau del president
El sotssecretari d'Hisenda i Model Econòmic

La secretària

Aprovat per la Junta Superior de Contractació Administrativa
En data 12 de maig de 2023