

EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



Els principis generals de la contractació pública. Especial referència als principis d'integritat i transparència

29-05-2018

1. Introducció

La consideració primera de la Directiva del Parlament Europeu i del Consell 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública, ressalta la necessitat de respectar els principis generals sobre adjudicació dels contractes públics reconeguts en el Tractat de funcionament de la Unió Europea i, en particular, els principis de lliure circulació de mercaderies, la llibertat d'establiment i la lliure prestació de serveis i dels principis derivats d'aquests, com els d'igualtat de tracte, no discriminació, el reconeixement mutu, la proporcionalitat i la transparència, als quals fa una al·lusió reiterada al llarg de tota l'exposició de motius i, en especial, a l'article 18: "1. Els poders adjudicadors han de tractar els operadors econòmics en peu d'igualtat i sense discriminacions, i han d'actuar de manera transparent i proporcionada. La contractació no ha de ser concebuda amb la intenció d'excloure-la de l'àmbit d'aplicació de la present Directiva ni de restringir artificialment la competència. Es considera que la competència està artificialment restringida quan la contractació s'hagi concebut amb la intenció d'afavorir o perjudicar indegudament determinats operadors econòmics."

La Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), transposa a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/24/UE i 2014/23/UE, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública i adjudicació dels contractes de concessió, i incorpora a l'ordenament jurídic intern el dret de la Unió Europea sobre contractació pública i la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE).

En relació amb els principis generals de la contractació pública, l'article 1 de la LCSP disposa que: "1. La present Llei té per objecte regular la contractació del sector públic, a fi de garantir que aquesta s'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 assegurar, en connexió amb l'objectiu d'estabilitat pressupostària i control de la despesa, i el **principi d'integritat**, una utilització eficient 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'acord amb l'exposició de motius de la llei, els objectius que n'inspiren la regulació són, en primer lloc, una major transparència en la contractació pública i, en segon lloc, una millor relació qualitat-preu. El sistema legal de contractació pública que s'estableix a la LCSP persegueix aclarir les normes vigents, amb vista a una seguretat jurídica més elevada, i tracta d'aconseguir que s'utilitzi la contractació pública com a instrument per implantar polítiques tant europees com nacionals en matèries social, mediambiental, d'innovació i desenvolupament, de promoció de les pimes i les entitats del tercer sector, i de defensa de la competència. Totes aquestes qüestions es configuren com els veritables objectius de la llei, que persegueix en tot moment l'eficiència de la despesa pública i el respecte als principis d'igualtat de tracte, no discriminació, transparència, proporcionalitat i integritat.

2. Els principis generals de la contractació pública. Especial referència als principis d'integritat i transparència

La Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública, insisteix al llarg de tot l'articulat sobre la necessitat de respectar els principis generals en l'adjudicació dels contractes públics. Així mateix, la consolidada doctrina del Tribunal de Justícia de la Unió Europea destaca els darrers anys de manera reiterada que **els principis generals de la contractació pública s'estenen a tota la contractació pública** amb independència de si es tracta o no de contractes subjectes a regulació harmonitzada (STJUE de 13 d'octubre de 2005, assumpte C-458/03, entre d'altres), i destaca la **transversalitat d'aquests principis**, ja que abasten totes les fases contractuals, preparatòries i executòries i s'hi manifesten (STJUE, de 20 de maig de 2010, assumpte T-258/06).

Però, quins són aquests principis generals de la contractació pública dels quals parla el Tribunal de Justícia de la Unió Europea i que recull la LCSP? Aquests principis són els que reconeix el Tractat de funcionaments de la Unió Europea i, en particular, la lliure circulació de mercaderies, la llibertat d'establiment i la lliure prestació de serveis, que es plasmarien en els principis següents:

- **Principi de publicitat:** constitueix un dels pilars del sistema europeu de contractació pública i comporta que tots els actes del procediment de contractació pública hagin d'anar acompanyats de la màxima publicitat, ja que aquesta afavoreix la concurrència de licitadors i, per tant, més competència i una millor relació qualitat-preu. Tant el principi de concurrència com el d'igualtat requereixen una publicitat adequada; la generalització dels mitjans electrònics en els procediments de contractació i la rellevància que la nova llei dona al perfil de contractant, són eines fonamentals per garantir aquesta major publicitat i transparència dels procediments de contractació pública.
- **Principi de concurrència:** persegueix promoure la competència en els contractes públics per afavorir l'obtenció d'ofertes adequades al mercat i, en conseqüència, òptimes per als poders adjudicadors. La lliure concurrència entre els operadors econòmics té per finalitat tant la protecció dels interessos econòmics dels poders adjudicadors, promovent la màxima competència, com garantir la igualtat de tots els qui reuneixin els requisits necessaris per accedir a una licitació.
- **Principi d'integritat:** com a novetat, la LCSP fa una menció expressa al principi d'integritat a l'article 1. Es tracta d'un principi molt lligat al d'igualtat de tracte i al de transparència i forma part del dret a una

bona administració, d'acord amb la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea i la Convenció de les Nacions Unides contra la corrupció.

- **Principi d'igualtat de tracte entre els licitadors:** té per objectiu afavorir el desenvolupament d'una competència sana i efectiva entre les empreses que participen en una licitació. Exigeix que tots els licitadors disposin de les mateixes oportunitats en la formulació dels termes de les seves ofertes i que aquestes se sotmetin a les mateixes condicions per a tots els competidors.
- **Principi de transparència:** vol garantir que no hi hagi risc de favoritisme ni d'arbitrarietat per part dels poders adjudicadors respecte de determinats licitadors o de determinades ofertes i és una eina efectiva en la lluita contra la corrupció. Totes les condicions i modalitats dels procediments de licitació han d'estar formulades de manera clara, precisa i inequívoca a l'anunci de licitació o en els plecs, amb la finalitat que, d'una banda, tots els licitadors raonablement informats i normalment diligents en puguin comprendre l'abast exacte i interpretar-les de la mateixa manera; i, de l'altra, l'entitat adjudicadora pugui comprovar efectivament que les ofertes presentades pels licitadors responen als criteris aplicables al contracte de què es tracti.
- **Principi de confidencialitat:** que protegeix tant el licitador com l'adjudicatari, i disposa que els poders adjudicadors no puguin divulgar la informació facilitada pels empresaris que aquests hagin designat com a confidencial en presentar la seva oferta. El caràcter de confidencial afecta, entre d'altres, els secrets tècnics o comercials, els aspectes confidencials de les ofertes i qualsevol altra informació que pugui ser utilitzada per falsejar la competència, ja sigui en aquest procediment de licitació o en d'altres de posteriors. Així mateix, el contractista ha de respectar el caràcter confidencial la informació a la qual tingui accés amb ocasió de l'execució del contracte ([Respecte del principi de confidencialitat, veg. l'informe de la Direcció General de Contractació Pública de 2 de maig de 2018](#)).

3. Novetats de la LCSP per garantir els principis d'integritat i transparència. La transparència en l'àmbit local La LCSP persegueix una major transparència en la contractació pública, objectiu al qual obliga la transposició a l'ordenament jurídic espanyol de les directives 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014. El principi de transparència s'ha d'entendre no com a mera publicació de dades ([veg. l'apunt anterior sobre publicitat](#)), sinó des d'una doble vessant formal i procedimental; és un principi bàsic de la contractació pública, corollari del principi d'igualtat de tracte, i comporta l'apertura de la informació pública als ciutadans. Es configura com un principi estructural en matèria de contractació pública amb múltiples manifestacions al llarg del text de la llei.

Un altre objectiu de la LCSP és el de la lluita contra la corrupció en la contractació pública, que es vehicula mitjançant el reforç dels principis de transparència i la incorporació del d'integritat i que s'emmarca dins del que s'anomena el dret dels ciutadans a una bona administració. Per això, tant el principi de transparència com el principi d'integritat s'han d'entendre no com a mers principis programàtics, sinó com a manaments imperatius que impregnen tot l'articulat de la llei i que han de servir per interpretar-la.

Com a novetats de la LCSP, a l'efecte de garantir els principis d'integritat i transparència, destaquen:

- En primer lloc, l'article 64.1 de la LCSP, que estableix que els òrgans de contractació han d'adoptar mesures adequades, a més de les ja establertes a la LCSP, per lluitar contra el frau, el favoritisme i la corrupció i per prevenir els **conflictes d'interessos**. No obstant aquesta disposició, la llei no regula cap procediment concret per resoldre els conflictes d'interessos. A Catalunya, l'article 159 de la Llei 5/2017, de 28 de març, de mesures fiscals, administratives, financeres i del sector públic, ja va introduir mesures per promoure la lliure concurrència i la publicitat contractual i per fomentar l'ètica i la responsabilitat

social, sobre la base dels principis establerts per les directives comunitàries de contractació i concessions i d'acord amb la legislació catalana en matèria de transparència. Concretament, l'apartat 1.4 de l'article 159 de la Llei 5/2017 regula, respecte de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i el seu sector públic, el procediment per solucionar els conflictes d'interessos mitjançant la **Comissió d'Ètica en la contractació pública de la Generalitat de Catalunya** ([enllaç a la "Bústia ètica"](#)).

- En segon lloc, la LCSP aposta per **suprimir les instruccions internes** de contractació i estableix un **mateix règim jurídic** per a tots els poders adjudicadors, tinguin o no la condició d'Administració pública.
- La LCSP exigeix també una **justificació més gran i més adequada a l'expedient** de diversos aspectes, així com la publicació d'aquesta informació al **perfil de contractant** (art. 116 i 63.3a de la LCSP). Concretament, cal justificar de manera adequada a l'expedient, entre d'altres aspectes: les necessitats que cal cobrir i la idoneïtat de l'objecte del contracte per cobrir-les (art. 28 i 116 de la LCSP); el procediment utilitzat per adjudicar-lo, quan s'utilitzi un procediment diferent de l'obert o del restringit (art. 116 i 131 de la LCSP); la classificació i la solvència exigida (art. 116.4b i c de la LCSP); el valor estimat del contracte amb indicació de tots els conceptes que l'integren (art. 116.4d de la LCSP); els criteris de valoració de les ofertes i les fórmules de valoració escollides (art. 146.2 de la LCSP); els motius per a la no divisió en lots (art. 116.4g de la LCSP), etc.
- Així mateix, la LCSP estableix l'obligatorietat de publicar al perfil de contractant, amb **sanció de nul·litat** si no es fa (art. 39.2c de la LCSP).
- La LCSP **suprimeix el procediment negociat per raó de la quantia** i estableix **restriccions i limitacions respecte de la contractació menor** (rebaixa dels llindars; noves exigències de publicitat, així com de justificació; limitacions respecte dels menors recurrents i successius, etc.).
- La LCSP també estableix **mesures de transparència en relació amb la composició de les meses de contractació, les juntes de contractació i els comitès d'experts** (art. 326 i disposició addicional 2 apartats 7 i 8). En aquest sentit, se'n regula amb més precisió la composició i s'estableix l'obligació de publicar al perfil de contractant la composició de les meses, publicitat que en el cas de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i del seu sector públic ja s'estava donant de manera majoritària. A més, amb caràcter general, respecte de les meses de contractació, es prohibeix que puguin ser membres càrrecs públics i personal eventual.
- La Llei estableix l'**obligatorietat de la figura del responsable del contracte** (art. 62.1 de la LCSP) i **reforça les facultats d'inspecció dels òrgans de contractació** (art. 190 de la LCSP). A escala estatal, es reforcen els òrgans de control de la contractació pública, mitjançant la creació de l'Oficina Independent de Regulació i Supervisió de la Contractació Pública (art. 332 de la LCSP), l'Oficina Nacional d'Avaluació (art. 333 de la LCSP) i el Comitè de Cooperació en Matèria de Contractació Pública (art. 329 de la LCSP). A Catalunya, la Direcció General de Contractació Pública, la Comissió d'Ètica en la Contractació Pública i l'Oficina Antifrau, són els òrgans que tenen atribuïdes funcions de regulació, supervisió i control de la contractació pública.
- La LCSP també amplia l'accés al **recurs especial en matèria de contractació**, així com el seu àmbit objectiu (articles 48 i 44 de la LCSP, respectivament).
- Així mateix, s'avança en la **contractació electrònica**, com a garantia de transparència i de bona administració; es regula l'obligació de programar l'activitat de contractació pública i de donar a conèixer el pla de contractació anticipadament, com a mínim dels contractes subjectes a regulació harmonitzada (art. 28.4 de la LCSP); es parla per primera vegada de manuals de bones pràctiques i guies de recomanacions (art. 334 de la LCSP); es disposen algunes mesures en relació amb els paradisos fiscals (disposició addicional 50); i respecte de les prohibicions de contractar, es disposen mesures autocorrectores o de *self-cleaning* (art. 72.5 de la LCSP).

La transparència en l'àmbit local

La LCSP estableix algunes mesures específiques en l'àmbit local:

- L'apartat vuit de la disposició addicional 3 de la LCSP atribueix als **secretaris** la responsabilitat com a òrgan encarregat de les obligacions de publicitat i informació derivades de la normativa sobre transparència.
- Respecte de les **meses de contractació**, l'apartat 7 de la disposició addicional 2 de la LCSP també estableix algunes novetats:
- En primer lloc, prohibeix expressament que el personal eventual pugui ser membre de la mesa de contractació i limita, però no prohibeix, que ho puguin ser els càrrecs electes.
- En segon lloc, estableix que amb caràcter excepcional poden formar part de les meses de les corporacions locals, mancomunitats o consorcis, personal al servei de les diputacions provincials.

4. Conclusions

- Els principis generals són el fonament de tota la normativa pública sobre contractació i es caracteritzen per la transversalitat, ja que abasten totes les fases contractuals, preparatòries i executòries i s'hi manifesten. A més, han d'informar la interpretació i l'aplicació de la llei, especialment en cas de dubte.
- La LCSP té com a objectiu la lluita contra la corrupció en la contractació pública i l'estructura mitjançant el reforç dels principis de transparència i la incorporació del d'integritat, que s'emmarquen dins del dret dels ciutadans a una bona administració.



Rosa Maldonado Camats

Responsable jurídica de regulació i assessorament en contractació de la Direcció General de Contractació Pública, Departament d'Economia i Hisenda