

# EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



## L'exclusivitat tècnica

21-06-2019

La utilització del procediment negociat sense publicitat per raons d'exclusivitat tècnica no és cap novetat. L'article 170.d del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de contractes del sector públic (TRLCSLP), ja estableix l'adjudicació mitjançant el procediment negociat quan per raons tècniques o artístiques o per motius relacionats amb la protecció de drets d'exclusiva el contracte només es pogués encomanar a un empresari determinat.

Així mateix, respecte del procediment negociat sense publicació prèvia d'un anunci, la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer, sobre contractació pública, entén que es tracta d'un procediment que només es pot utilitzar en circumstàncies molt excepcionals, entre les quals, segons estableix l'article 32.2.b, el supòsit en el qual les obres, els subministraments o els serveis només puguin ser proporcionats per un operador econòmic concret, perquè no hi hagi competència per raons tècniques.

D'acord amb la Directiva 2014/24/UE, la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), estableix en l'article 131 com a **procediments ordinaris d'adjudicació dels contractes el procediment obert i el restringit**, i estableix **excepcionalment**, respecte de supòsits taxats, el **procediment negociat sense publicitat** en l'article 168, que identifica els supòsits en els quals els òrgans de contractació poden adjudicar un contracte utilitzant el procediment negociat sense la prèvia publicació d'un anunci de licitació.

L'article 28 de la LCSP disposa que la natura i l'extensió de les necessitats que es volen cobrir mitjançant el contracte projectat, així com la idoneïtat de l'objecte i el contingut per satisfer-les, quan s'adjudiqui per un procediment obert, restringit o **negociat sense publicitat**, s'han de determinar amb precisió, i deixar-ne constància en la **documentació preparatòria** abans d'iniciar el procediment encaminat a adjudicar-lo.

Així mateix, la limitació dels principis de publicitat i concurrència, intrínseca a l'adjudicació pel procediment negociat sense publicitat, comporta el **caràcter excepcional** que li atribueix la normativa sobre contractació pública, de manera que únicament és procedent recórrer a

l'adjudicació mitjançant aquest procediment quan concorren les **causes taxades** establertes en la LCSP, que són d'**interpretació estricta i s'han de justificar adequadament en l'expedient**. En aquest sentit es va pronunciar el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic, en la [Resolució 13/2019](#), de 30 de gener, en els termes següents: “Així mateix, la magnitud de la lesió dels principis que suposa el procediment negociat sense publicitat, i que la llei només permet en casos taxats, ha de ser proporcionada a l'interès públic que es vol atendre i no estendre l'excepcionalitat més enllà del que sigui estrictament necessari per salvaguardar aquest interès.”

Centrant aquest apunt en els procediments negociats sense publicitat **per raó d'exclusivitat** - supòsit establert en l'article 168.a, paràgraf 2, de la LCSP-, és a dir, en aquells que *únicament* es poden adjudicar a un licitador a causa de la no existència de competència per raons tècniques, les dades dels darrers quatre anys (2015-2018) sobre les adjudicacions per part de la Generalitat de Catalunya i el seu sector públic de contractes mitjançant el procediment negociat sense publicitat, permeten evidenciar una constant quant al nombre, el percentatge i l'import dels contractes que s'adjudiquen per raó d'exclusivitat en relació amb el volum total de la contractació. Aquestes dades es poden consultar en el Portal de contractació pública, apartat d'activitat contractual anual ([vegeu els informes](#)).

Ja hem avançat que la normativa anterior també regulava els negociats sense publicitat per raons tècniques i, precisament en relació amb l'article 170.d del TRLCSP, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa ([vegeu l'Informe 2/2016](#), de 6 d'abril) ja es va pronunciar en el sentit de ressaltar la necessària objectivitat en l'apreciació de l'exclusivitat, així com la necessitat que l'òrgan de contractació ho justifiqui i ho acrediti.

En relació amb els supòsits d'adjudicació per exclusivitat tècnica, l'**actual regulació precisa** que la no existència de competència per raons tècniques només es justificable quan no hi hagi una alternativa o substitut raonable i quan l'absència de competència no sigui conseqüència d'una configuració restrictiva dels requisits i dels criteris per adjudicar el contracte.

Per tant, en el cas dels procediments negociats per exclusivitat tècnica, l'òrgan de contractació ha de tenir en compte els aspectes següents:

- a) L'exclusivitat s'ha d'**apreciar de manera objectiva**. En aquest sentit, cal tenir en compte que les circumstàncies logístiques, organitzatives o temporals no justifiquen el recurs al procediment negociat sense publicitat per raó d'exclusivitat tècnica, sinó que evidencien una mera conveniència o oportunitat que el servei sigui prestat per una determinada empresa o la falta de planificació de les necessitats.
- b) A més, dita exclusivitat **no l'ha d'haver creada o provocada l'òrgan de contractació mateix**, mitjançant la definició de les característiques tècniques de l'objecte del contracte, ja que això suposa una vulneració dels principis de concurrència, publicitat i igualtat de tracte i no discriminació. En aquest sentit, cal recordar que l'article 126.1 de la LCSP, amb caràcter general, disposa que l'elaboració de les prescripcions tècniques ha de proporcionar als empresaris l'accés en condicions d'igualtat al procediment de contractació i no poden tenir l'efecte de crear obstacles injustificats a obrir la contractació pública a la competència.
- c) S'ha de motivar adequadament en l'expedient **que no hi ha altres alternatives o substitut raonable** que pugui satisfer les necessitats de la contractació. És a dir, a més de justificar adequadament el procediment d'adjudicació escollit, com disposa amb caràcter general per a tots

els procediments l'article 116.4 de la LCSP, en el cas d'un procediment excepcional com és el negociat sense publicitat per exclusivitat, cal justificar a més la inexistència d'alternatives o d'un substitut raonable per acreditar la impossibilitat de recórrer a un procediment amb pública concurrència.

d) També cal **definir i justificar rigorosament per a cada cas concret les raons tècniques** que justifiquen l'exclusivitat. Entre aquestes raons, es poden mencionar la pràctica impossibilitat tècnica que un altre operador econòmic aconseguixi els resultats necessaris, o la necessitat d'utilitzar coneixements tècnics, eines o mètodes específics que únicament estiguin a disposició d'un únic operador econòmic, o raons d'interoperabilitat o de seguretat que s'hagin de complir per garantir la idoneïtat de les obres, dels subministraments o dels serveis a contractar. Per tot això, cal concloure que per recórrer al supòsit legal de procediment negociat de l'article 168.a, paràgraf 2, de la LCSP, cal que l'òrgan de contractació justifiqui i acrediti adequadament que és **impossible promoure la concurrència** perquè objectivament només hi ha una empresa que pugui executar el contracte. Contràriament, no es pot considerar que concorri una raó tècnica determinant de l'exclusivitat quan, a més d'haver-hi alternatives o substituïts raonables en el mercat, l'exclusivitat sigui conseqüència d'una restricció artificial dels paràmetres de la contractació, en exigir-se en els plecs uns requisits tècnics que només pot complir una empresa determinada.



## **Rosa Maldonado Camats**

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