



Generalitat de Catalunya
Departament de la Vicepresidència
i d'Economia i Hisenda
**Direcció General
de Contractació Pública**

Secretaria Tècnica de la Junta Consultiva
de Contractació Administrativa



Riscos per a la integritat en la contractació pública

Opinions expertes

04

Factors normatius que incrementen la probabilitat dels riscos per a la integritat en la contractació pública

Gemma Enfedaque Montes
Carla Ricci Peker

L'Oficina Antifrau és una institució independent, adscrita al Parlament de Catalunya, encarregada de prevenir i investigar la corrupció així com de preservar la transparència i la integritat de les administracions i del personal al servei del sector públic a Catalunya.

Des del seu vessant preventiu, dona suport a les institucions públiques en la consolidació dels seus sistemes d'integritat, entre d'altres formes, estudiant, promovent i impulsant bones pràctiques que coadjuvin en la millora de la qualitat en la prestació del servei públic.

En el marc del projecte sobre *Riscos per a la integritat en la contractació pública*, l'Oficina Antifrau ha volgut comptar amb l'opinió de persones expertes que analitzaran, des de diferents perspectives, els riscos de corrupció en el procediment de contractació.

Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya

Autores: Gemma Enfedaque Montes, cap de la Secretaria Tècnica, i Carla Ricci Peker, tècnica superior de l'Àrea Jurídica de la Secretaria Tècnica



Reconeixement – no comercial – sense obra derivada:

no es permet un ús comercial de l'obra original ni la generació d'obres derivades

Projecte: «Riscos per a la integritat en la contractació pública» | Oficina Antifrau de Catalunya

Coordinació: Lara Baena García i Anabel Calvo Pozo

Opinions expertes núm. 4

Data d'edició: 22 de maig de 2019

www.antifrau.cat | prevencio@antifrau.cat

Les publicacions de la sèrie *Opinions expertes* són el resultat de la col·laboració de l'Oficina Antifrau amb persones especialistes en la matèria. Els criteris i arguments que s'hi incorporen expressen exclusivament els de les seves autores i no tenen perquè reflectir necessàriament el posicionament oficial de l'Oficina Antifrau.



Presentació

Els riscos d'irregularitats, frau i corrupció en la contractació pública són multifactorials. Els diversos tipus de factors de risc que depenen de les entitats adjudicatores són objecte d'estudi en les publicacions de la col·lecció *Documents de treball* del projecte «Riscos per a la integritat en la contractació». Però sovint els estímuls o oportunitats per a aquests riscos no provenen dels ens públics sinó de circumstàncies o elements externs: factors conjunturals o sistèmics. Entre aquests factors de risc externs, els de naturalesa normativa tenen un paper molt rellevant, raó per la qual l'Oficina Antifrau de Catalunya no podia deixar d'abordar el seu estudi.

En la regulació de la contractació pública, havíem detectat la incidència de factors transversals a altres àmbits de la regulació, com ara la complexitat i dispersió normativa o l'elevada freqüència dels canvis en aquesta regulació. Tanmateix, calia aprofundir l'anàlisi i detectar els principals dèficits normatius que creen oportunitats o incentius per als diferents riscos al llarg dels procediments de contractació: aspectes de la regulació que cal aclarir perquè la redacció actual es presta a interpretacions diverses; aspectes no regulats, insuficientment regulats o regulats de forma excessivament fragmentada; aspectes regulats de forma contradictòria, o bé aspectes regulats amb diferent grau d'exigència (en termes de transparència, retiment de comptes, control, resposta sancionadora...) tot i que el nivell de risc sigui igual o fins i tot superior.

Per aquesta raó, l'Oficina Antifrau de Catalunya es va adreçar a dues expertes de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya per col·laborar en l'elaboració d'aquesta anàlisi. Gemma Enfedaque, cap de la Secretaria Tècnica d'aquell òrgan consultiu, i Carla Ricci, tècnica superior de l'Àrea Jurídica de la Secretaria Tècnica, han dut a terme una tasca inèdita d'anàlisi de la normativa des de la perspectiva dels riscos per a la integritat en la contractació. Aquest treball constitueix un valuós punt de partida per a l'elaboració de recomanacions i propostes als poders reguladors per reduir la probabilitat dels riscos en la contractació pública.



Contingut

1. Introducció	6
2. Els factors de risc de naturalesa normativa en la fase de preparació	7
2.1. Impulsar i preparar contractes innecessaris o perjudicials.....	7
Regulació de l'àmbit d'aplicació subjectiu basat en una concepció formalista i referenciada a l'esquema organitzatiu del sector públic estatal	7
Regulació imprecisa del pla de contractació que han d'elaborar les entitats del sector públic.....	8
Manca de previsió respecte de la solvència a exigir en els contractes mixtos.....	9
2.2. Preparar contractes que limitin indegudament la concurrència o la lliure competència.....	10
Regulació imprecisa del règim dels contractes menors	10

Regulació dels registres d'empreses licitadores i classificades que pot comprometre la finalitat d'agilització i simplificació a la que respon la regulació del procediment obert simplificat i l'obligació d'inscripció que estableix.....	11
Regulació del règim jurídic de contractació dels poders adjudicadors que no tenen la condició d'administració pública.....	12
Regulació del doble règim jurídic dels contractes privats de les administracions públiques.....	14
Manca de limitació de la durada de les eventuais pròrrogues dels contractes	14
Marge de discrecionalitat en la determinació de la ponderació dels criteris d'adjudicació	15
Regulació de la prova de la no concurrència d'una prohibició de contractar limitativa.....	16
Utilització de conceptes jurídics indeterminats en la regulació del procediment negociat sense publicitat	16
2.3. Adjudicar directament a un operador al marge del procediment de contractació	17
Regulació imprecisa i insuficient dels convenis entre entitats del sector públic exclosos de l'àmbit d'aplicació de la LCSP	17
Regulació imprecisa dels encàrrecs a mitjans propis personificats.	19
3. Els factors de risc de naturalesa normativa en la fase de licitació.....	20
3.1. No evitar pràctiques anticompetitives	20
Regulació amb incerteses del procedir de la mesa davant indicis de conductes col·lusòries en el procediment de contractació.....	20
Publicitat condicionada de les respostes als aclariments sol·licitats per les empreses interessades	21
3.2. Admetre o excloure empreses licitadores de forma esbiaixada.....	22
Regulació de la causa de prohibició de contractar per incompatibilitat i del conflicte d'interès que permet no detectar aquestes situacions o no abordar-les adequadament.....	22
Manca de regulació de la sol·licitud d'aclariment de les ofertes presentades	24
Regulació laxa de la composició de les meses de contractació en l'àmbit local	25
3.3. Valorar de forma esbiaixada les ofertes	26
Manca de previsió relativa a la comunicació prèvia dels subcriteris d'adjudicació i del mètode de valoració de les ofertes.....	26
Manca de precisió en la regulació de la classificació de les ofertes en els casos en què es presentin ofertes anormalment baixes	27
4. Els factors de risc de naturalesa normativa en la fase d'execució	28
4.1. Obtenir una prestació diferent de la contractada	28
Regulació del responsable del contracte insuficient per garantir l'efectivitat d'aquesta figura	28
Absència de preceptes precisos, clars i estructurats per a l'exercici de la funció de control.....	29
4.2. Modificar indegudament el contracte	30



Regulació del règim de les modificacions previstes en els plecs que crea oportunitats per recórrer a les no previstes	30
4.3. No exigir responsabilitats per incompliments	31
Manca d'obligació d'incloure en els plecs responsabilitats per incompliment de les condicions especials d'execució	31
Regulació insuficient de la nova causa de resolució dels contractes relativa a l'impagament dels salaris dels treballadors o l'incompliment de les condicions establertes en conveni col·lectiu durant l'execució.....	32
5. Breu consideració final.....	32
Annex. Factors normatius específics per àrees de risc	35



1. Introducció

La qualitat de la regulació jurídica sobre contractació pública té un paper rellevant per a l'exercici íntegre d'aquesta activitat, en la mesura que pot **crear oportunitats o incrementar les probabilitats de riscos**, els quals, però, es produeixen per la combinació de diversos factors.¹ D'entrada, es pot considerar que **la particular complexitat que caracteritza la regulació d'aquesta matèria constitueix un factor de risc transversal** per a la integritat en la contractació pública, que en dificulta especialment l'aplicació.

Tradicionalment, aquesta complexitat ha vingut donada, en gran mesura, per l'elevat nombre de normes que regulen la matèria, així com per la seva dispersió, provocada tant per la regulació multinivell —amb normativa europea, estatal, autonòmica i local—, com per les successives modificacions i afectacions d'aquestes normes; de fet, la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP), ja s'ha modificat parcialment en dues ocasions.²

Així mateix, també complica el coneixement i, per tant, la correcta aplicació d'aquesta normativa, després de l'entrada en vigor de la LCSP de 2017, la manca de desenvolupament reglamentari d'aquesta norma, que comporta haver d'aplicar el Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques i el Reial decret 817/2009, de 8 de març, pel qual es desenvolupa parcialment la Llei 30/2007, redactats en el marc d'un règim de contractació pública molt anterior. En aquest mateix sentit, també cal recordar que encara resta pendent de transposició la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contractació per entitats que operen en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals.³

A més de la complexitat que caracteritza la regulació de la contractació pública que, com s'ha assenyalat, es pot considerar un factor de naturalesa normativa transversal a la majoria dels riscos per a la integritat en la contractació pública, en dificultar una correcta aplicació de la normativa, també **la redacció de determinats preceptes de la LCSP, en ocasions, pot crear oportunitats o incrementar la probabilitat d'aquests riscos en possibilitar un ampli marge d'interpretació i presentar imprecisions o contradiccions i llacunes, així com certa manca de coordinació amb la regulació establerta en altres normes sectorials o generals.**⁴ És exemple de factor normatiu en el sentit esmentat la regulació que l'article 118 de la LCSP estableix dels contractes menors, amb una

¹ L'anàlisi dels diversos factors de riscos per a la integritat en la contractació pública es va abordar en el *Document de treball núm. 4* elaborat per l'Oficina Antifrau de Catalunya sobre «Factors i efectes dels riscos i mapes per facilitar-ne l'anàlisi».

² La primera, transcorreguts tan sols quatre mesos de la seva entrada en vigor general, per la Llei 6/2018, de 3 de juliol, de pressupostos generals de l'estat per a l'any 2018, la disposició final quaranta-quatre de la qual la va modificar en relació amb la regulació dels encàrrecs a mitjans propis i del règim dels contractes menors; la segona, pel Reial Decret-Llei 3/2019, de 8 de febrer, de mesures urgents en l'àmbit de la Ciència, la Tecnologia, la Innovació i la Universitat, la disposició final segona del qual la torna a modificar en matèria de contractes menors.

³ El 5 de març de 2019 es va publicar al BOE el Reial Decret 129/2019, de 4 de març, de dissolució del Congrés dels Diputats i del Senat i de convocatòria d'eleccions, la qual cosa va comportar que decaiguessin «tots els assumptes pendents d'examen i resolució», entre ells el Projecte de llei sobre procediments de contractació als sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals per la qual es transposa a l'ordenament jurídic espanyol la Directiva 2014/25/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, la tramitació del qual va començar el 25 de novembre de 2016.

⁴ El fet que la LCSP hagi estat objecte de diverses esmenes durant la tramitació del Projecte de llei en el Congrés dels diputats —un total de 1.080 esmenes— moltes de les quals han estat posteriorment objecte d'esmenes transaccionals —975 transaccionades o directament incorporades— ha comportat que el text definitiu contingui contradiccions, imprecisions, etc.



redacció imprecisa que ha provocat dubtes en relació amb la seva interpretació la qual cosa, juntament amb l'interès que suscita aquesta normativa i, específicament, aquesta figura contractual, ha donat lloc a un allau de pronunciaments de diferents òrgans consultius en matèria de contractació pública; pronunciaments que, a més, no han estat coincidents.

Aquest document pretén identificar, de manera no exhaustiva, algunes previsions de la LCSP que creen oportunitats o incrementen la probabilitat de riscos per a la integritat en la contractació pública, que es poden materialitzar en pràctiques irregulars per part de les persones que participen en el desenvolupament dels procediments de contractació pública. Aquesta identificació segueix la metodologia proposada en el *Documents de treball* núm. 3 elaborat per l'Oficina Antifrau de Catalunya, relatiu a la identificació dels riscos per a la integritat de la contractació, que classifica aquests riscos en diferents àrees de risc —concretament, en dotze àrees comunes a totes les entitats adjudicatòries— les quals, alhora, s'ordenen en funció de les fases dels procediments de contractació pública de preparació, licitació i execució.

2. Els factors de risc de naturalesa normativa en la fase de preparació

2.1. Impulsar i preparar contractes innecessaris o perjudicials

Regulació de l'àmbit d'aplicació subjectiu basat en una concepció formalista i referenciada a l'esquema organitzatiu del sector públic estatal

Àrees de riscos: impulsar i preparar contractes innecessaris o perjudicials, preparar contractes que limitin indegudament la concurrència i adjudicar directament a un operador al marge del procediment de contractació.

La regulació de l'àmbit subjectiu d'aplicació de la LCSP es continua basant en un llistat d'entitats, delimitant-lo sobre la base d'una configuració formalista i nominalista del sector públic —com ja feia la LCSP de 2007 i, fins i tot, amb un ànim més exhaustiu—, a diferència de la normativa europea de contractació pública, que basa el seu àmbit subjectiu d'aplicació en el concepte funcional d'organisme de dret públic comunitari.

Així, l'article 3 de la LCSP manté el sistema de llista basat en la tipologia de personificacions jurídiques, la qual cosa pot dificultar la determinació del nivell de subjecció que els hi pertoca. Aquesta dificultat, però, ja no afecta a la subjecció de totes les entitats del sector públic a les seves previsions, atesa la utilització, com a clàusula de tancament de l'àmbit subjectiu d'aplicació, aquí sí, del concepte funcional d'organisme de dret públic comunitari.⁵

La dificultat en la determinació del nivell de subjecció a la LCSP ve donada, tant per la complexitat del propi precepte com pel fet que el **sistema de llista emprat no encaixi amb tots els sistemes organitzatius existents en els diferents nivells d'administració**, atès que es fa per referència a l'esquema organitzatiu del sector públic estatal. Així, es creen oportunitats de distorsions interpretatives en aplicar aquest llistat a les

⁵ Amb aquesta clàusula de tancament, certament, amb independència de quina sigui la forma jurídica de l'entitat, s'evita la fugida del dret de contractació pública mitjançant la utilització de formes organitzatives de dret privat, com succeïa en el passat.



comunitats autònomes que, en exercici de la seva capacitat d'autoorganització, hagin adoptat models diferents al de l'Estat en la concepció, funcionament i denominació de les seves entitats.⁶

Aquestes distorsions fan possible **que una entitat que forma part del sector públic a efectes de la LCSP apliqui la regulació corresponent a un nivell de subjecció inferior al que li pertoca**. Per tant, la regulació nominalista i referida formalment a la tipologia d'entitats de l'esquema organitzatiu del sector públic estatal constitueix un factor de naturalesa normativa que incrementa la probabilitat que es facin efectius altres riscos, no només en la fase de preparació dels contractes, sinó també en la resta de fases del procediment de contractació.

Regulació imprecisa del pla de contractació que han d'elaborar les entitats del sector públic

Àrea de risc: impulsar i preparar contractes innecessaris o perjudicials.

Risc específic: dissenyar contractes innecessaris, sobredimensionats, d'impossible execució o perjudicials per a la institució pública o per l'interès general.

L'article 28.4 de la LCSP obliga a les entitats del sector públic a planificar i a publicar la seva activitat contractual. Així, aquest precepte disposa que dites entitats «han de programar l'activitat de contractació pública, que han de dur a terme en un exercici pressupostari o períodes plurianuals i han de donar a conèixer el seu pla de contractació anticipadament mitjançant un anunci d'informació prèvia previst a l'article 134 que almenys reculli els contractes que han de quedar subjectes a una regulació harmonitzada».

Aquesta previsió de la LCSP, en la mesura que contribueix als objectius d'una contractació pública més eficient, estratègica, transparent i que promogui la concurrència, es pot considerar una mesura preventiva adoptada per la LCSP per reduir la probabilitat del risc de preparar contractes perjudicials per a la institució pública o per a l'interès general, per exemple, evitant tramitacions precipitades.

Tanmateix, **l'omissió de previsions substantives i formals** respecte del compliment d'aquesta obligació —no es conté en l'articulat de la LCSP cap altra referència al pla de contractació—, així com **la pròpia redacció de l'article 28.4 de la LCSP, redueixen la seva capacitat de prevenir que es materialitzi el risc** de preparar contractes innecessaris o perjudicials, **atès que creen oportunitats per a plans incomplets o inadequats**.

D'una banda, cal qüestionar si el pla de contractació només ha de recollir els contractes subjectes a una regulació harmonitzada, atès que, si bé una interpretació literal de l'article 28.4 conduiria a entendre que és exigible tan sols a aquests contractes, per la pròpia finalitat de la previsió —contribuir a una contractació pública més eficient,

⁶ La manca de correspondència directa entre els subjectes que integren el sector públic a efectes de la normativa de contractació pública —en concret, a efectes de l'article 3.1 de la Llei de contractes del sector públic de 2007— i els ens, organismes i entitats dependents o vinculats a l'administració de la Generalitat de Catalunya, es va posar de manifest i analitzar en l'Informe 3/2009, de 28 de maig, de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya relatiu a «l'àmbit d'aplicació subjectiu de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic».

transparent i que fomenti la concurrència— sembla més adequada la inclusió de la totalitat dels contractes que es pretenguin subscriure per les entitats del sector públic.⁷

D'altra banda, l'article 28.4 remet, per a la seva materialització, a l'anunci d'informació prèvia regulat en l'article 134 de la LCSP, el qual es caracteritza per ser potestatiu, aplicable als contractes subjectes a una regulació harmonitzada i permetre reduir terminis de licitació, sense que s'estableixi cap precisió respecte del procediment d'elaboració del pla ni del contingut que aquest ha de tenir. Certament, la publicació del pla de contractació mitjançant un anunci d'informació prèvia amb les dades que requereix l'annex III de la LCSP tampoc sembla el més adequat per aconseguir els objectius indicats.

Manca de previsió respecte de la solvència a exigir en els contractes mixtos

Àrea de risc: impulsar i preparar contractes innecessaris o perjudicials.

Risc específic: dissenyar contractes perjudicials per a l'interès general.

D'acord amb la regulació que estableix l'article 18 de la LCSP dels denominats contractes mixtos, l'adjudicació d'aquests contractes cal efectuar-la aplicant un règim jurídic comú, determinat per les regles que estableix el mateix precepte, per referència a la prestació «principal», a diferència de la normativa anterior que establia la necessitat d'adjudicar-los aplicant el règim jurídic de la prestació de major importància econòmica. Per tant, pel que fa a l'adjudicació d'aquests contractes continua operant el criteri de l'absorció de les prestacions. En canvi, per a la determinació de les normes que han de regir l'execució d'aquests contractes, tant d'acord amb la legislació anterior com amb la LCSP vigent, procedeix l'aplicació del règim jurídic específic de les distintes prestacions compreses en el contracte.

Si bé aquest precepte fa referència a «les normes que regeixen l'adjudicació dels contractes mixtes», tant en l'àmbit doctrinal com jurisprudencial s'ha considerat que entre les normes relatives a l'adjudicació estan compreses les referents a l'exigència i l'acreditació de la capacitat i la solvència i, per tant, opera també respecte d'aquestes normes el criteri de l'absorció de les prestacions. D'acord amb aquesta interpretació, la capacitat i solvència a exigir en un contracte mixt s'ha de determinar exclusivament de conformitat amb les normes pròpies del contracte al que correspongui la prestació més important d'aquest.

Tanmateix, aquesta opció no sempre pot ser la més adequada. Si bé amb caràcter general les empreses licitadores que tinguin la capacitat i la solvència exigida per dur a terme la prestació que constitueix l'objecte principal d'un contracte mixt, també podran dur a terme les de l'objecte secundari, en els casos en què els contractes mixtes estan compresos per prestacions corresponents a més d'una categoria contractual que siguin totes elles «principals» des del punt de vista de la seva importància —per la seva rellevància econòmica o per la seva complexitat o especificitat tècnica—, no sembla conforme amb l'interès general que respecte d'una d'aquestes prestacions les empreses no hagin d'acreditar cap mena de capacitat i solvència.⁸

⁷ De fet, la Diputació de Valladolid en una Circular Informativa sobre la Llei 9/2017, de contractes del sector públic, va assenyalar que «si el que es pretén amb aquests plans és racionalitzar i contribuir a una major transparència de la contractació pública s'haurien d'incloure la totalitat dels contractes a subscriure per les entitats del Sector Públic». Així mateix, ho ha indicat la Diputació d'Oscar en una quarta Circular sobre la LCSP.

⁸ Així es va afirmar en l'Informe 6/2016, de 26 de juliol, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya sobre els «Requisits de capacitat i de solvència que

Per tant, atès que l'exigència a les empreses licitadores d'uns criteris de selecció adequats resulta fonamental per garantir que l'empresa adjudicatària tindrà la capacitat i les competències tècniques i professionals necessàries per executar el contracte, es pot considerar que **l'omissió d'una previsió en la LCSP relativa a què la capacitat i la solvència a exigir en els contractes mixtes sigui l'adequada a tot el seu objecte és un factor que incrementa la probabilitat del risc de dissenyar contractes perjudicials per a l'interès general.**

2.2. Preparar contractes que limitin indegudament la concurrència o la lliure competència

Regulació imprecisa del règim dels contractes menors

Àrees de risc: impulsar i preparar contractes perjudicials i preparar contractes que limitin indegudament la concurrència o la lliure competència.

La nova regulació continguda en l'article 118 de la LCSP dels contractes menors incorpora diverses i substancials novetats que tenen com a finalitat, malgrat no fer-s'hi referència en l'exposició de motius⁹, delimitar la seva procedència i reduir-ne l'ús (o contribuir a limitar-lo al que sigui adequat). Així, a més de la inclusió d'alguna precisió en la seva definició que cal valorar positivament —com la referència a obres, subministraments i serveis i al valor estimat del contracte— i de l'assimilació, si més no parcial, de la fase preparatòria i de la publicitat d'aquests contractes a la dels no menors —amb l'obligatorietat d'emetre un informe justificatiu i de donar-los publicitat a través dels perfils de contractant respectius—, s'incorpora com a principal novetat l'obligació de justificar que no s'està alterant l'objecte del contracte per evitar l'aplicació de les regles generals de contractació i que l'empresa contractista no ha subscrit més contractes menors que, individualment o conjuntament, superin la xifra dels contractes menors.

Aquesta previsió constituïria, en principi, una mesura encaminada a reduir el risc d'un mal ús d'aquests contractes, amb la consegüent afectació dels principis que regeixen la contractació pública, de manera que es podria considerar, també, una mesura preventiva adoptada per la LCSP per reduir la probabilitat del risc de preparar contractes perjudicials o que limitin indegudament la concurrència o la lliure competència.

Així mateix, i tal com ha assenyalat la Junta Consultiva de Contractació de la Generalitat de Catalunya en l'Informe 1/2018, de 20 d'abril ja esmentat, també constituïria una mesura tendent a promoure la competència i a evitar que per la via d'aquests contractes es beneficiï de forma recurrent a la mateixa o les mateixes empreses.

procedeix exigir en contractacions que incorporin prestacions corresponents a diverses tipologies contractuals. Acreditació de la classificació empresarial per part d'unions temporals d'empreses».

⁹ En l'Informe 1/2018, de 20 d'abril, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, sobre els límits a la contractació menor en la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, ja s'assenyala que l'exposició de motius de la LCSP no conté cap al·lusió a la contractació menor, ja que les novetats al respecte varen ser incloses per la via d'esmena parlamentària, i que únicament s'hi conté l'esment a la «contractació directa» en al·ludir a la tramitació sumària del procediment obert simplificat «per a contractes d'escassa quantia que ha de suposar la consolidació de la publicitat i l'eficiència en qualsevol contracte públic, reduint la contractació directa a situacions extraordinàries».



Tanmateix, **la deficient regulació** d'aquesta obligació —de la qual no es fixa ni la delimitació subjectiva (és a dir, respecte de qui es fixa el límit, descartant que sigui respecte d'administracions, per desproporcionat, es planteja si cal aplicar-lo respecte d'òrgans de contractació o d'unitats funcionals), ni l'objectiva (és a dir, respecte de què es fixa: qualssevol contractes, els que obeeixen a una mateixa tipologia o els que tinguin un mateix objecte), ni la temporal (això és, respecte de quin període es fixa la limitació) per esmentar les mancances que són absolutament imprescindibles per a la seva aplicació, però no les úniques— **continua creant oportunitats d'emprar els contractes menors indegudament i afectar la competència**, de forma que la capacitat preventiva d'aquesta mesura pot veure's limitada.¹⁰

Aquesta deficient regulació s'ha vist agreujada, com ja s'ha avançat, per les interpretacions no coincidents que d'aquesta obligació han fet els diferents òrgans consultius específics en matèria de contractació pública, l'estatal i els autonòmics, que ha tingut com a corol·lari la primera instrucció de l'Oficina Independent de Regulació i Supervisió de la Contractació Pública que ha vingut a engreixar el ja extensíssim nombre de pronunciaments al respecte.¹¹

Regulació dels registres d'empreses licitadores i classificades que pot comprometre la finalitat d'agilització i simplificació a la que respon la regulació del procediment obert simplificat i l'obligació d'inscripció que estableix

Àrees de risc: impulsar i preparar contractes perjudicials i preparar contractes que limitin indegudament la concurrència.

Una de les principals novetats que introdueix la LCSP pel que fa als procediments de contractació pública és la regulació d'un procediment obert simplificat, continguda en l'article 159, previst per a contractes d'obres, subministrament i serveis que compleixen determinats requisits relacionats amb el valor estimat del contracte i amb els criteris d'adjudicació que es prevegin. Tal com s'assenyala en l'exposició de motius de la LCSP, aquesta modalitat del procediment obert «neix amb la vocació de convertir-se en un procediment molt àgil» atès que «els seus tràmits se simplifiquen al màxim». Així, la tramitació d'aquest procediment s'ha d'ajustar a una sèrie d'especialitats, entre les quals s'inclou l'obligatorietat d'exigir a les empreses licitadores la inscripció als registres oficials d'empreses licitadores com a requisit per poder participar-hi —inscripció que és voluntària per a tota la resta de procediments—, la qual només es pot exceptuar en el supòsit que la pròpia Llei preveu, això és, en casos en què dita exigència sigui contrària a la concurrència.¹²

¹⁰ És possible que fos aquest el motiu pel qual el projecte de Llei de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2019 —que va decaure amb la dissolució de les Corts derivada de la convocatòria d'eleccions— contenia una disposició derogatòria d'aquesta previsió.

¹¹ Instrucció 1/2019, que conté una interpretació per cert, no coincident amb la de la Junta Consultiva de Contractació Pública estatal, i que, alhora, ha donat també lloc a pronunciaments doctrinals discrepants respecte de la seva vinculació a comunitats autònomes i administracions locals (ni la pròpia instrucció, ni la resolució de publicació al BOE ho estableixen expressament).

¹² Malgrat la *vacatio legis* fixada pel legislador en la disposició transitòria tercera de la LCSP i la literalitat de la previsió, que únicament exceptua l'exigència de la inscripció quan es vegi limitada la concurrència, la Junta Consultiva de l'Estat, en la Recomanació de 24 de setembre de 2018, ha considerat oportú, amb caràcter temporal però general, que no s'exigeixi el requisit de la inscripció obligatòria donada la situació originada pel gran nombre de sol·licituds de registre. Segons ha entès aquesta Junta Consultiva «en una situació en què conjunturalment no és possible respectar el principi essencial (el de concurrència), no es pot entendre que el requisit de la inscripció sigui exigible».

Tanmateix, la finalitat d'agilització i simplificació, a la qual responen tant la pròpia regulació del procediment obert simplificat, com l'obligació específica d'exigir la inscripció als registres oficials de d'empreses licitadores, es pot veure limitada per la regulació que dels mateixos conté la LCSP. Així, si bé aquests registres tenen com a finalitat principal simplificar l'acreditació de les condicions d'aptitud de les empreses en els procediments de contractació, amb l'objectiu de facilitar la seva participació, així com les actuacions de les entitats contractants, d'acord amb la regulació que fa d'aquests registres la LCSP, les empreses que voluntàriament sol·liciten inscriure-s'hi són les que decideixen quines de les dades previstes en la Llei volen inscriure-hi.

Per tant, la discrepància entre l'obligació d'exigir a les empreses la «inscripció» a un registre d'empreses licitadores per poder participar en un procediment obert simplificat i la regulació en la LCSP d'aquests registres —en concret, de les dades i circumstàncies relatives a les empreses que poden constar inscrites que, com s'ha dit, correspon determinar-les a les pròpies empreses que sol·liciten inscriure-s'hi—, pot conduir a què aquella finalitat d'agilització i simplificació es vegi limitada i, fins i tot, totalment frustrada, en el cas d'empreses inscrites però amb la informació incompleta o no actualitzada.

En efecte, es pot considerar que la discrepància a la qual s'ha fet referència constitueix un factor de risc de naturalesa normativa que crea oportunitats per al risc de preparar contractes perjudicials per a la institució pública i/o que limitin la concurrència, atès que permet que el **requisit relatiu a l'exigència d'inscripció als registres oficials de licitadors** per les empreses que vulguin participar en un procediment obert simplificat **pugui no produir l'agilitat i simplificació que persegueix i, per consegüent, esdevenir una mera formalitat que opera com un requisit limitatiu de la concurrència.**

Adicionalment, l'exigència d'inscripció «en la data final de presentació d'ofertes» pot ser també restrictiva de la competència, en la mesura que la finalitat de simplificació s'aconseguiria igualment en el cas que les empreses estiguessin inscrites en el moment de la consulta al registre.

Regulació del règim jurídic de contractació dels poders adjudicadors que no tenen la condició d'administració pública

Àrea de risc principal: preparar contractes que limitin indegudament la concurrència o la lliure competència.

L'apropament del règim jurídic dels poders adjudicadors que no tenen la consideració d'administració pública al de les administracions públiques és una de les novetats significatives de la LCSP, amb la qual es tendeix a evitar la proliferació de diversos procediments d'adjudicació als quals donava lloc el règim jurídic anterior, mitjançant les diferents instruccions internes. Tanmateix, la redacció de l'article 318 de la LCSP, relatiu al règim d'adjudicació dels contractes no subjectes a regulació harmonitzada dels poders adjudicadors no administració pública, ha donat lloc a interpretacions —amb més o menys cabuda, certament— que creen certa inseguretat jurídica, la qual cosa pot afectar a l'adequat respecte dels principis de la contractació pública.

Així, d'una banda, l'article 318.a de la LCSP determina que els contractes de valor estimat inferior a 40.000 €, quan es tracti d'obres, de concessió d'obres i de concessió de serveis, i a 15.000 €, quan es tracti de contractes de serveis i subministraments, «es poden adjudicar directament a qualsevol empresari amb capacitat d'obrar i que compti amb l'habilitació professional necessària per realitzar la prestació objecte del contracte». La regulació d'aquest precepte ha suscitat la qüestió de si als contractes que esmenta els hi és d'aplicació el mateix règim jurídic (requisits i limitacions) que als



contractes menors i, per tant, s'ha d'entendre que l'article 318.a de la LCSP remet per aquests contractes a la regulació de l'article 118 de la LCSP, malgrat no fer-ho expressament; o si, per contra, és un precepte que, en no fer referència al concepte de contracte menor, queda al marge del règim general aplicable a aquests contractes.¹³

Per tant, aquesta doble interpretació, que pot donar lloc a l'aplicació de règims jurídics diferents —un règim més rígid, si s'entenen aplicables les previsions de l'article 118.3 de la LCSP¹⁴, o un altre menys rígid, en cas d'entendre que aquestes no s'apliquen, la qual cosa, de fet, és permesa per la pròpia literalitat de l'article 318.a de la LCSP¹⁵— crea oportunitats, en funció del règim jurídic aplicable, per als riscos de preparar contractes que limitin la concurrència o la lliure competència, per exemple, el risc de fraccionament de l'objecte dels contractes.

D'altra banda, l'article 318.b de la LCSP preveu que «els contractes d'obres, concessions d'obres i concessions de serveis que tinguin un valor estimat igual o superior a 40.000 euros i inferior a 5.548.000 euros, i els contractes de serveis i subministraments d'un valor estimat superior a 15.000 euros i inferior a 221.000 €, es poden adjudicar per *qualsevol* dels procediments que preveu la secció 2a del capítol I del títol I del llibre segon d'aquesta Llei, a excepció del procediment negociat sense publicitat, que únicament es pot utilitzar en els casos que preveu l'article 168»¹⁶.

Aquesta regulació, no del tot precisa, ha plantejat la qüestió de si els poders adjudicadors que no tenen la consideració d'administració pública poden escollir dur a terme les contractacions no subjectes a regulació harmonitzada mitjançant qualsevol dels procediments d'adjudicació previstos en la LCSP, amb independència de les limitacions relatives a les quanties o els requisits objectius que per a cadascun s'hi estableixen, o si, per contra, la possibilitat d'elecció ha d'anar acompanyada d'una assumptió íntegra de la totalitat de la regulació aplicable al procediment escollit.

No es tracta d'una qüestió baladí, atès que una interpretació en el primer sentit que, de fet, ve avalada per la pròpia literalitat del precepte —amb els termes *poden* i *qualsevol* i preveient una excepció expressa per al procediment negociat sense publicitat—, conduiria a que els poders adjudicadors no administració pública poguessin utilitzar, per exemple, el procediment obert simplificat i, fins i tot, la seva modalitat abreujada, per a contractacions de valor estimat molt superior als llindars que estableix l'article 159 de la LCSP que el regula, fixats, sens dubte, per la voluntat de conjuminar la simplificació del procediment amb l'escassa importància econòmica del contracte.

Per tant, les interpretacions que, amb més o menys fonament, suscita o provoca la regulació del **règim jurídic d'adjudicació d'aquests contractes dels poders adjudicadors**

¹³ Aquesta qüestió hagués pogut perdre importància si s'hagués arribat a aprovar el projecte de Llei de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2019, en el qual es pretenia la supressió de l'article 118 .3 de la LCSP.

¹⁴ De fet, malgrat la literalitat del precepte, tant la Junta de l'Estat en la Recomanació de 28 de febrer, de caràcter no vinculant, com l'Advocacia General de l'Estat, en la Instrucció 3/2018, han fet una interpretació del mateix en aquest sentit més rígid atès que, encara que l'article 318 no faci servir el terme contractes menors, ni contingui una remissió expressa als articles 118 i 131.3 de la LCSP —que són els preceptes que contenen la regulació general dels contractes menors— s'al·ludeix a un supòsit coincident amb el dels contractes menors per raó de la coincidència d'importants i de redacció de l'article 318 i l'article 131.3 de la LCSP.

¹⁵ Inclosa la literalitat derivada del fet que, d'acord amb el propi títol de l'article 318 de la LCSP, aquest regula «l'adjudicació» dels contractes a què al·ludeix i l'article 118 de la LCSP s'ubica dins les normes de «preparació» dels contractes.

¹⁶ Xifres actualitzades de conformitat amb l'article 2 de l'Ordre HFP/1298/2017, de 26 de desembre, per la qual es publiquen els límits dels diferents tipus de contractes a efectes de la contractació del sector públic a partir de l'1 de gener de 2018 («BOE» 29 desembre).



no administració pública, comporta que subsisteixi el risc que aquests ens preparin contractes que acabin per limitar els principis que han de regir els contractes públics, en la mesura que la pròpia literalitat del precepte admet defensar la interpretació més flexible, abans esmentada, si bé és cert que per part dels òrgans consultius se n'ha fet la interpretació més restrictiva.

Regulació del doble règim jurídic dels contractes privats de les administracions públiques

Àrees de risc: preparar contractes que limitin indegudament la concurrència i adjudicar directament a un operador econòmic al marge del procediment de contractació.

La LCSP manté la tradicional distinció entre contractes administratius i contractes privats. Pel que fa a aquests darrers, l'article 26.2 de la LCSP estableix, com a novetat respecte a la regulació del TRLCSP, un doble règim jurídic per als contractes privats subscrits per les administracions públiques.

Aquest precepte disposa que la preparació i l'adjudicació dels contractes privats que subscriguin les administracions públiques es regeixen, en primer terme, per les seves «normes específiques» i, en defecte d'aquestes, per les seccions 1a i 2a del capítol I del títol I del llibre segon de la LCSP, amb caràcter general, i per les seves disposicions de desplegament, i supletòriament, per la resta de normes de dret administratiu o, si s'escau, les normes de dret privat, segons correspongui per raó del subjecte o entitat contractant. Tanmateix, precisa que, no obstant aquest règim general, als contractes de serveis financers, de creació i interpretació artística i literària, i d'espectacles, i contractes de subscripció a revistes, publicacions periòdiques i bases de dades «els són aplicables, a més del llibre primer d'aquesta Llei, el seu llibre segon quant a la seva preparació i adjudicació».

Així, la pròpia redacció de la LCSP pot generar dubtes sobre si la preparació i l'adjudicació dels contractes privats de serveis financers, de creació i interpretació artística i literària, i d'espectacles, i contractes de subscripció a revistes, publicacions periòdiques i bases de dades, s'ha de regir per les normes de la mateixa LCSP o si s'ha d'estar al que disposa aquesta normativa únicament en defecte de normativa específica. Aquest factor normatiu, en la mesura que pot **suscitar la subscripció de contractes privats** que tinguin un d'aquells objectes **sense observar totes les previsions de la LCSP relatives a la preparació i adjudicació dels contractes quan s'han d'observar, crea oportunitats per al risc de preparar contractes que limitin la concurrència o, fins i tot, per al risc d'adjudicar un contracte directament a un operador econòmic al marge del procediment de contractació pública corresponent.**

Manca de limitació de la durada de les eventuais pròrrogues dels contractes

Àrea de risc: preparar contractes que limitin indegudament la concurrència.
Risc específic: disseny de plecs que afavoreixin o perjudiquin determinats operadors econòmics.

L'article 29 de la LCSP, relatiu al termini de durada dels contractes i d'execució de la prestació, estableix en cinc anys el termini màxim de durada dels contractes de subministrament i de serveis, incloent les eventuais pròrrogues. Tanmateix, no preveu aquest precepte cap requisit en quant a la durada que pot tenir cadascuna de les pròrrogues. Sí que s'establí una limitació a la durada d'aquestes en l'article 303 del

TRLCSP, en relació als contractes de serveis, que no podien superar, ni aïlladament ni conjunta, el termini de durada fixat originàriament.

El fet que la nova LCSP no hagi establert expressament una limitació al nombre i a la durada de les eventuais pròrrogues ha permès afirmar que sota la vigència d'aquesta norma es poden subscriure contractes de serveis i de subministraments d'un any de durada i quatre pròrrogues d'un any cadascuna, sempre que es respectin les condicions i els límits establerts en les normes pressupostaries aplicables a l'entitat contractant.¹⁷

Certament, que la LCSP no estableixi una limitació a la durada de les pròrrogues que el contracte pot preveure permet els òrgans de contractació dissenyar contractes més permeables a les tendències del mercat, així com poder decidir no continuar amb el contracte, prorrogant-lo, si l'empresa adjudicatària no executa la prestació de conformitat amb allò que s'ha exigint. En aquest sentit, es pot considerar que constitueix una mesura preventiva per reduir la probabilitat del risc de dissenyar contractes perjudicials per a la institució pública o per a l'interès general.

Tanmateix, **la manca de limitació al nombre i a la durada de les pròrrogues sense més concreció específica** —més enllà de la previsió genèrica de què la durada dels contractes s'ha d'establir tenint en compte la naturalesa de les prestacions, les seves característiques de finançament i la necessitat de sotmetre-les a concurrència— i, per consegüent, el major marge de discrecionalitat que ara disposen els òrgans de contractació en aquest sentit, **crea oportunitats per al risc de dissenyar un contracte que limiti la concurrència per resultar desproporcionats els requisits de solvència requerits per participar en la licitació**. Així, per exemple, si la durada d'un contracte es fixa inicialment en un any amb quatre pròrrogues d'un any cadascuna i per la naturalesa de la prestació, o per les pròpies característiques del mercat, és possible que les pròrrogues previstes no s'arribin a materialitzar, la concurrència al contracte —molt particularment, de les petites i mitjanes empreses—, es pot veure limitada per haver d'exigir un règim de solvència per una durada total prevista molt superior a la finalment produïda.

Marge de discrecionalitat en la determinació de la ponderació dels criteris d'adjudicació

Àrea de risc: preparar contractes que limitin indegudament la concurrència o la lliure competència.

L'article 145.6 de la LCSP adopta un concepte ampli de vinculació dels criteris d'adjudicació amb l'objecte del contracte, en virtut del qual s'admet que el criteri d'adjudicació no es refereixi a una característica intrínseca de la prestació, sinó que pot considerar-se que existeix aquesta vinculació quan el criteri es refereixi als factors que intervenen en el procés específic de producció, prestació o comercialització de les obres, els subministraments o els serveis de què es tracti. La definició amplia de la vinculació dels criteris d'adjudicació amb l'objecte del contracte planteja la qüestió de la correlació que hi ha d'haver entre els criteris d'adjudicació i la ponderació que se'ls atribueix, en concret, respecte dels criteris d'adjudicació que no tenen una influència directa en la qualitat de la prestació a contractar.

En aquest sentit, es constata que tot i que la LCSP no faci referència expressa a què hagi d'haver proporcionalitat entre els criteris d'adjudicació establerts per determinar la millor oferta i la ponderació que s'atribueix a aquests criteris, aquesta obligació s'entén

¹⁷ Així ho ha fet l'Advocacia General de l'Estat en el Dictamen 2/18 (R – 32/18).



implícita en l'obligació de seleccionar la millor oferta i d'utilitzar eficientment els fons públics. A més, l'obligació que estableix l'article 116 de la LCSP, relatiu al contingut de l'expedient de contractació, de justificar adequadament els criteris que es tindran en consideració per adjudicar el contracte, també s'entén que compren la de justificar la ponderació que se n'atribueixi. Tot i així, **que la LCSP no prevegi de manera expressa proporcionalitat entre els criteris d'adjudicació i la seva ponderació, pot crear oportunitats per al risc de dissenyar plecs que afavoreixin o perjudiquin a determinats operadors econòmics**, en la mesura que es podria donar el cas d'atribuir major ponderació a criteris d'adjudicació que, tot i referir-se a factors que intervenen en el procés específic de producció, prestació o comercialització de la prestació, no afecten directament la seva qualitat, en relació amb l'atorgada a criteris que sí tenen una influència directa en aquesta qualitat.

Regulació de la prova de la no concurrència d'una prohibició de contractar limitativa

Àrees de riscos: dissenyar contractes perjudicials per a la institució pública i preparar contractes que limitin indegudament la concurrència.

D'acord amb l'article 85 de la LCSP, amb caràcter general, la prova per part de les empreses de no estar incurses en prohibició per contractar es pot realitzar mitjançant testimoni judicial o certificació administrativa, segons el cas, admetent aquest precepte únicament la seva substitució per una declaració responsable quan dit document no pugui ser expedit per una autoritat competent. Tanmateix, l'article 71.1.d de la LCSP preveu, en relació a determinades circumstàncies de prohibició de contractar¹⁸, que l'acreditació del seu compliment s'ha de fer mitjançant la presentació del formulari de Document europeu únic de contractació (DEUC).

De conformitat amb aquesta regulació de la LCSP **la regla general sembla ser encara la prova de la no concurrència d'una prohibició de contractar a través de testimonis judicials o certificacions administratives, limitant-se la prova mitjançant una declaració responsable** a dos supòsits específics o a la impossibilitat d'obtenir aquells testimonis o certificacions. Aquesta regulació, que **no va en la línia de simplificar i reduir les càrregues administratives**, pot considerar-se un factor que crea oportunitats per al risc de dissenyar contractes perjudicials per a la institució pública o que limitin indegudament la concurrència en imposar un obstacle a les empreses, per la pròpia dificultat que certament els representa obtenir aquelles proves.

Utilització de conceptes jurídics indeterminats en la regulació del procediment negociat sense publicitat

Àrea de risc: preparar contractes que limitin indegudament la concurrència o la lliure competència.

Risc específic: escollir procediments que limiten injustificadament la concurrència.

La LCSP estableix una nova regulació del procediment negociat de conformitat amb el previst en les directives europees sobre contractació pública, en què, en especial, destaca la supressió de la possibilitat d'adjudicar un contracte per aquest procediment

¹⁸ Relatives a no complir les obligacions que, almenys, el dos per cent dels empleats d'empreses de 50 o més treballadors siguin persones amb discapacitat, i de disposar d'un pla d'igualtat, en el cas d'empreses de més de 250 treballadors.



per raó de la quantia. Tanmateix, la regulació d'aquest procediment, en concret, dels supòsits que habiliten la possibilitat d'utilitzar-lo sense haver de publicar un anunci de licitació, relacionats en l'article 168, continua fent servir conceptes jurídics indeterminats com, per exemple, el d'imperiosa urgència.

Si bé la LCSP empra **conceptes jurídics indeterminats** en varis del seus preceptes, el seu ús en la regulació dels supòsits habilitants del procediment negociat sense publicitat, per les conseqüències que la utilització d'aquest procediment té en els principis rectors de la contractació pública —en particular, en els de llibertat d'accés a les licitacions, publicitat i transparència—, pot considerar-se un factor de risc de naturalesa normativa que crea **oportunitats per al risc de limitar injustificadament la concurrència**, en la mesura que deixa un **ampli marge d'interpretació a les entitats contractants en la determinació dels supòsits habilitants d'aquest procediment**.

En canvi, pel que fa al desenvolupament del procediment, la LCSP conté una regulació més completa, la qual cosa permetrà reduir les probabilitats per a diversos riscos en la fase de preparació i adjudicació dels contractes adjudicats mitjançant aquests procediments.

2.3. Adjudicar directament a un operador al marge del procediment de contractació

Regulació imprecisa i insuficient dels convenis entre entitats del sector públic exclosos de l'àmbit d'aplicació de la LCSP

Àrea de risc: atribuir directament a un operador la prestació de determinats objectes al marge d'un procediment de contractació pública.

Risc específic: substitució de la tramitació d'un expedient de contractació per la d'un conveni de col·laboració, no sotmès a publicitat ni concurrència, quan no concorri circumstància habilitant.

La delimitació de les figures de conveni i contracte i, més concretament, la qüestió de quines relacions o negocis jurídics poden ser objecte d'un conveni de col·laboració ha estat objecte d'anàlisi en multiplicitat d'ocasions i ha donat lloc, a pronunciaments, tant en l'àmbit del dret comunitari, per part del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, com en l'àmbit del dret intern, per part dels diferents òrgans consultius en matèria de contractació pública.¹⁹ Com és sabut, la subscripció d'un conveni quan la naturalesa jurídica de la relació és la pròpia d'un contracte públic, dona com a resultat sostreure-la de l'aplicació de la normativa sobre contractació pública i dels principis que la inspiren. Per aquest motiu, la delimitació precisa de la figura del conveni de col·laboració respecte de la de contracte públic suposava un dels grans reptes de la nova Llei de contractes del sector públic.

La regulació dels convenis que s'estableix en la LCSP, malgrat que és més extensa que la prevista en la normativa anterior,²⁰ com a conseqüència de la transposició de l'article

¹⁹ Així, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya s'ha pronunciat en l'[Informe 6/2017, de 16 de maig](#), sobre els «Supòsits d'exclusió de l'àmbit d'aplicació de la normativa sobre contractació pública de les relacions jurídiques, que integren la prestació de determinats serveis, entre un consell comarcal i els ajuntaments de la comarca», en el qual es fa referència als pronunciaments del TJUE al respecte.

²⁰ El text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, únicament contenia una referència als convenis en l'article 4, relatiu als negocis i contractes exclosos, en establir l'exclusió del seu àmbit d'aplicació dels convenis de col·laboració



12.4 de la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública (en endavant, Directiva 2014/24/UE), **no és del tot precisa i resulta insuficient**, la qual cosa **incrementa la probabilitat que es materialitzi el risc de substituir la tramitació d'un expedient de contractació pública per la d'un conveni de col·laboració**, no sotmès a publicitat i concurrència, sostraint, així, de la competència, l'objecte corresponent.

Concretament, pel que fa a la subscripció de convenis entre entitats del sector públic, l'ara anomenada cooperació horitzontal, la LCSP regula en l'article 6.1 —i en el 31.1.b, que hi remet— la possibilitat que aquestes entitats subscriuguin entre si convenis exclosos del seu àmbit d'aplicació, «el contingut dels quals no estigui comprès en el dels contractes regulats per aquesta Llei o en normes administratives especials», sempre que compleixin, acumulativament, determinades condicions.²¹ La dificultat en l'aplicació d'aquesta regulació, generadora del risc assenyalat, radica, d'una banda, en la delimitació del requisit de no tenir un contingut comprès en el dels contractes públics —requisit aquest no exigít pel Dret comunitari²²—, així com en la delimitació de la resta de les condicions que han de concórrer per distingir ambdues figures.

Adicionalment, també afegeix complexitat la necessitat de tenir en compte, per a la delimitació de quan procedeix l'aplicació d'una o altra figura, els aclariments i les matisacions contingudes en el considerant 33 de la Directiva 2014/24/UE,²³ en la mesura que pot no ser coneguda per les persones que hagin de dur-la a terme.

A més, cal constatar la incongruència que comporta el fet que la possibilitat de subscriure convenis entre entitats del sector públic estigui supeditada a la concurrència de diversos requisits (article 6.1 de la LCSP), mentre que la subscripció amb entitats privades només ho estigui a un d'ells, en concret, no tenir un contingut comprès en el dels contractes públics (article 6.2 de la LCSP).

D'altra banda, el règim dels convenis establert per la LCSP no sembla del tot coordinat, si més no terminològicament, amb la regulació que estableix d'aquests la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, que és de caràcter bàsic, en la mesura que aquesta disposa, en l'article 47, que els convenis no poden tenir per objecte

entre determinades entitats del sector públic quan per la seva «naturalesa» no tinguessin la consideració de contractes subjectes a dit text refós (apartat 1, lletra c).

²¹ Aquestes condicions són: no vocació de mercat de les entitats intervinents, la qual es presumeix quan es realitzen en el mercat obert un percentatge igual o superior al 20% de les activitats objecte de col·laboració; que el conveni estableixi o desenvolupi una cooperació entre les entitats participants amb la finalitat de garantir que els seus serveis públics es presten de manera que s'aconsegueixin objectius comuns; i que la cooperació es guïi únicament per consideracions relacionades amb l'interès públic.

²² De fet, l'article 12 de la Directiva 2014/24/UE qualifica aquestes relacions de «contractes públics entre entitats del sector públic», malgrat estar excloses del seu àmbit d'aplicació.

²³ Aquest considerant preveu que la cooperació s'ha de basar en un concepte cooperador; que s'han de contreure compromisos de contribuir a l'execució cooperativa del servei públic de què es tracti, no essent necessari que tots els poders adjudicadors participants assumeixin l'execució de les principals obligacions contractuals; que la cooperació pot incloure tota mena d'activitats relacionades amb l'execució dels serveis i responsabilitats que hagin estat assignades als poders participants o que hagin assumit, com les tasques obligatòries o facultatives de les autoritats locals o regionals o els serveis conferits a organismes específics de dret públic; que els serveis prestats pels poders adjudicadors participants no necessàriament han de ser idèntics, sinó que també poden ser complementaris; i que l'execució de la cooperació, incloses totes les transferències financeres entre els poders adjudicadors participants, s'ha de regir únicament per consideracions d'interès públic.



«prestacions» pròpies dels contractes ja que, en aquest cas, «la seva naturalesa i règim jurídic s'ajustarà al previst en la legislació de contractes del sector públic».

Regulació imprecisa dels encàrrecs a mitjans propis personificats.

Àrea de risc: encarregar directament a un operador determinades prestacions, al marge d'un procediment de contractació pública.

Risc específic: substitució irregular de la tramitació d'un expedient de contractació per la d'un encàrrec a un mitjà propi que no reuneix els requisits per ser-ho.

La LCSP incorpora una regulació dels sistemes de cooperació pública, vertical i horitzontal, amb novetats tant respecte de les regulacions de les lleis estatals de contractes precedents com, el que és més important, respecte de la regulació comunitària d'aquesta matèria.²⁴ En concret, i als efectes de l'anàlisi del risc identificat que s'analitza, l'article 32 de la LCSP regula els requisits que han de reunir les entitats del sector públic per tenir la consideració de mitjans propis dels poders adjudicadors i, per tant, poder rebre encàrrecs exclosos de la normativa de contractació pública, en els termes següents:

- Que el poder adjudicador exerceixi sobre l'entitat un control directe o indirecte, anàleg al què ostenta sobre els seus propis serveis o unitats —entenent que es dona si pot exercir una influència decisiva sobre els objectius estratègics i les decisions significatives o li poden conferir encàrrecs que siguin d'execució obligatòria—; i, en cas de mitjans propis compartits, que els poders adjudicadors exerceixin aquest control anàleg de forma directa i conjunta.
- Que més del 80 per cent de les activitats de l'entitat les dugui a terme en l'exercici de les comeses fetes pel poder o poders adjudicadors que la controlen.
- Que la totalitat del seu capital o patrimoni sigui de titularitat o aportació pública, quan sigui un ens de personificació juridicoprivada.
- Que la condició de mitjà propi respecte del o dels poders adjudicadors concrets es reconegui expressament en els estatuts o acte de creació de l'entitat, amb la prèvia conformitat o autorització expressa d'aquell o aquells, i verificació, per l'entitat pública de qui depengui l'entitat, que disposa de mitjans personals i materials apropiats per a la realització dels encàrrecs de conformitat amb el seu objecte social.

Aquesta regulació de la LCSP, en principi encaminada a reduir el risc de sostreure determinats objectes de la lliure competència,²⁵ encarregant-los directament a una entitat al marge d'un procediment de contractació pública, amb la consegüent afectació dels principis que regeixen la contractació pública, incrementa, tanmateix, la probabilitat que es materialitzi el risc de substituir la tramitació d'un expedient de contractació pública per un encàrrec a un mitjà propi, per la circumscripció del requisit relatiu a la participació de capital privat a les personificacions juridicoprivades, a

²⁴ La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya els ha analitzat en l'Informe 1/2019, de 13 de març, sobre els requisits dels mitjans propis personificats establerts en la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic.

²⁵ Establint, de fet, un règim més estricte per als mitjans propis que l'imposat pel Dret comunitari, tal com ha assenyalat la Junta Consultiva de Contractació de la Generalitat de Catalunya en l'Informe 1/2019, ja esmentat, en fixar, a més de diversos requisits formals i de verificació de l'eficiència d'aquesta figura, que el control conjunt s'hagi d'exercir necessàriament de manera directa i que tota participació de capital privat, tant directa com indirecta, impedeix la consideració de mitjà propi.

diferència de la regulació de la Directiva 2014/24/UE que aquest precepte de la LCSP transposa, en la qual no es distingeix en funció del caràcter públic o privat de la persona jurídica perquè aquest requisit resulti d'aplicació.

Aquest fet ha suscitat la qüestió de si les entitats jurídiques públiques podien ser mitjans propis comptant amb participació de capital privat, la qual cosa comporta el **risc, atesa la literalitat de la LCSP i en cas de desconèixer-se el dret comunitari de contractació pública —i la necessitat d'aplicar els requisits per ser mitjà propi respectant-lo—, que es considerés com a mitjà propi una entitat que comptés amb participació de capital privat i se li fessin encàrrecs directes per dur a terme determinades activitats sotraient-les de la lliure competència** sense que concorri el supòsit habilitant per fer-ho.

3. Els factors de risc de naturalesa normativa en la fase de licitació

3.1. No evitar pràctiques anticompetitives

Regulació amb incerteses del procedir de la mesa davant indicis de conductes col·lusòries en el procediment de contractació

Àrea de risc: no evitar pràctiques anticompetitives.

Risc específic: no respondre de forma adequada a una pràctica col·lusòria.

L'article 150 de la LCSP imposa, a la mesa o a l'òrgan de contractació, el deure de remetre a l'autoritat de la competència, amb caràcter previ a l'adjudicació del contracte, els indicis fonamentats de conductes col·lusòries entre empreses licitadores. Addicionalment a regular aquest deure de remissió, la LCSP preveu la suspensió del procediment de contractació en aquests casos i estableix que l'autoritat de la competència ha de pronunciar-se sobre si existeix una pràctica col·lusòria a través d'un procediment sumariíssim que s'ha de definir reglamentàriament. Tanmateix, d'acord amb la disposició final setzena, aquest precepte entra en vigor en el moment en què ho faci la disposició reglamentària a què es refereix.

Així mateix, l'article 132 de la LCSP, relatiu als principis d'igualtat, transparència i lliure competència, ja en vigor, preveu que «els òrgans de contractació han de vetllar en tot el procediment d'adjudicació per la salvaguarda de la lliure competència» i que «tant aquests com la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat o, si s'escau, els òrgans consultius o equivalents en matèria de contractació pública de les comunitats autònomes, i els òrgans competents per resoldre el recurs especial a què es refereix l'article 44 d'aquesta Llei, han de notificar a la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència o, si s'escau, a les autoritats autonòmiques de competència, qualsevol fet del qual tinguin coneixement en l'exercici de les seves funcions que pugui constituir una infracció de la legislació de defensa de la competència». En particular, aquest precepte disposa que dits òrgans «han de comunicar qualsevol indicati d'acord, decisió o recomanació col·lectiva, o pràctica concertada o conscientment paral·lela entre els licitadors, que tingui per objecte, produeixi o pugui produir l'efecte d'impedir, restringir o falsejar la competència en el procés de contractació».

Aquesta regulació, la finalitat de la qual s'ha de valorar com a positiva, planteja, però, incerteses en quant a com ha de procedir la mesa de contractació o, en el seu cas,



l'òrgan de contractació, en relació amb el procediment de contractació en el qual es detectin els indicis de conductes col·lusòries, un cop s'hagi donat compliment a aquell deure de comunicació i partint del fet que encara no hi haurà una sanció ferma de falsejament de la competència durant el període en què el procediment sumariíssim es trobi pendent de desenvolupament reglamentari —el qual, a la vista de l'experiència de les normes reglamentàries en matèria de contractació pública, pot dilatar-se molt en el temps— atès que la LCSP no ha establert cap previsió de caràcter transitori al respecte. Certament, amb el termini previst actualment a la normativa de defensa de la competència per dictar i notificar la resolució per conductes restrictives a la competència —de màxim divuit mesos—, una decisió de suspensió en determinats casos podria comportar conseqüències greus en la satisfacció dels interessos que mitjançant tota contractació es pretenen cobrir amb les consegüents implicacions per a l'interès públic.

A més, cal tenir en compte que la LCSP no recull el motiu d'exclusió que s'estableix en l'article 57.4.d de la Directiva 2014/24/UE, relatiu a què els poders adjudicadors «podran» excloure un operador econòmic de la participació en un procediment de contractació, quan «tingui indicis suficientment plausibles que l'operador econòmic ha arribat a acords amb altres operadors econòmics destinats a falsejar la competència».

Per tant, el marc normatiu vigent incrementa la probabilitat del **risc de no evitar pràctiques anticompetitives en permetre que la mesa, davant el buit normatiu existent, respongui amb una actuació que podria no ser l'adequada per a la salvaguarda dels principis de la contractació pública**, malgrat complir amb el deure de comunicació previst. Així, en el cas que opti per continuar amb el procediment de contractació sense prendre cap mesura més que la comunicació a l'autoritat de la competència corresponent, malgrat tenir evidències suficients de l'existència de pràctiques contràries a la lliure competència entre empreses licitadores, la qual cosa podria ser contrària als principis de salvaguarda de la lliure competència i d'igualtat de tracte entre empreses licitadores.²⁶

Publicitat condicionada de les respostes als aclariments sol·licitats per les empreses interessades

Àrea de risc: no evitar pràctiques anticompetitives.

Risc específic: crear dèficits o asimetries en la informació facilitada als operadors econòmics.

L'article 138.3, últim paràgraf, de la LCSP preveu la possibilitat de les persones interessades en un procediment de licitació de sol·licitar aclariments d'allò que estableixen els plecs o la resta de documentació contractual. Tanmateix, aquest

²⁶ El Tribunal Administratiu de Contractació Pública de Madrid en la Resolució núm. 74/2018, de 14 de març de 2018, va acordar anular l'adjudicació d'un contracte amb l'exclusió de dues ofertes presentades per empreses del mateix grup per entendre que existien indicis que ambdues ofertes s'havien presentat en realitat per una única empresa en benefici del grup empresarial. A més, va comunicar a la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència l'existència de dits indicis per la seva possible afectació a la competència. Segons aquest Tribunal, sense perjudici de la possible existència d'una pràctica proscriuïda per l'article 1 de la Llei 15/2007, de defensa de la competència, de la qual es declara incompetent, els fets que van concórrer en aquest supòsit afectaven a la concurrència en el procés de contractació i, per tant, requerien ser analitzats des del punt de vista de la legislació i de defensa dels principis de contractació pública, en concret, els de secret de les proposicions, lliure competència entre licitadors, igualtat entre licitadors, transparència i proposició única.



precepte precisa que les respostes a aquests aclariments tindran caràcter vinculant sempre que «així ho estableixi el plec de clàusules administratives particulars» i que, «en aquest cas», es faran públiques en el perfil de contractant.

Així, la nova LCSP condiona la publicitat de les respostes al seu caràcter vinculant, que s'ha d'indicar prèviament en el plec, amb l'excepció dels contractes de concessió d'obra, per als quals sí s'estableix aquest caràcter vinculant i el deure de publicació en tot cas. Cal recordar que el TRLCSP establia el caràcter vinculant i l'obligació de fer públiques les respostes a les sol·licitud d'aclariments sense deixar-ho en mans dels òrgans de contractació, si bé sí que ho estava la decisió d'incloure o no en el plec el termini per sol·licitar-les.

Certament, el fet que la **LCSP condioni la publicitat de les respostes a les sol·licituds d'aclariments de les empreses al seu caràcter vinculant** que, com s'ha dit, requereix que s'atorgui expressament en el plec, no sembla congruent amb els principis de publicitat, transparència i igualtat de tracte i amb la salvaguarda de la lliure competència, i **crea oportunitats per al risc que s'originin asimetries en la informació facilitada als operadors econòmics.**²⁷

3.2. Admetre o excloure empreses licitadores de forma esbiaixada

Regulació de la causa de prohibició de contractar per incompatibilitat i del conflicte d'interès que permet no detectar aquestes situacions o no abordar-les adequadament

Àrea de risc: admetre o excloure ofertes de forma esbiaixada.

L'article 71.1.g de la LCSP estableix la causa de prohibició de contractar per incompatibilitat, en termes idèntics a com ho feia l'article 60.1.g del TRLCSP, per remissió a la legislació en matèria d'incompatibilitats inclosa en diferents normes jurídiques, amb la corresponent actualització de la referència a la Llei 3/2015, de 30 de març, reguladora de l'exercici d'alt càrrec en l'àmbit estatal. Així, d'entrada, cal assenyalar que la regulació d'aquesta causa de prohibició per contractar en la LCSP comporta dificultats d'apreciació i d'aplicació provocades en part per la diversitat de la normativa a què hi remet, la qual cosa pot conduir a l'entitat contractant a no detectar en el transcurs d'un procediment de contractació la concurrència d'empreses licitadores en les situacions d'incompatibilitat.²⁸

L'oportunitat d'incórrer en aquesta pràctica irregular es crea també com a conseqüència de la regulació de l'abast de dita causa de prohibició per contractar, la qual ha generat dubtes interpretatius en relació amb la seva extensió a determinats parents.²⁹

²⁷ En la Guia pràctica de contractació pública per a professionals de la Comissió Europea «sobre com evitar els errors més comuns en els projectes amb finançament amb càrrec als Fons Estructurals i d'inversió Europea», de febrer de 2018, es va indicar que amb la finalitat de garantir la transparència, tots els aclariments s'han de publicar en el lloc web del poder adjudicador perquè puguin ser consultades per tots els possibles licitadors.

²⁸ És mostra d'això l'elevat nombre d'informes emesos per part de les diverses juntes consultives en matèria de contractació pública en relació amb aquesta causa de prohibició per contractar en els últims anys; en concret, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya va emetre un total de deu informes respecte de la seva aplicació de conformitat amb el règim jurídic conferit per la LCSP de 2007 i, després, pel TRLCSP.

²⁹ Així, s'ha plantejat la qüestió de si la condició que s'hi preveu de què «es produeixi conflicte d'interessos amb el titular de l'òrgan de contractació o els titulars dels òrgans en què s'hagi delegat



Així mateix, l'article 71.1.g de la LCSP exigeix analitzar, com a condició necessària perquè la prohibició de contractar concorri en els parents de les persones que s'hi indiquen, si existeix un conflicte d'interès, el qual s'ha de produir amb «el titular de l'òrgan de contractació» o «els titulars dels òrgans en què s'hagi delegat la facultat per contractar» o «els que exerceixin la substitució del primer». Per tant, aquest precepte no cobreix els supòsits en els quals el conflicte d'interès es produeix amb altre personal del poder adjudicador, cas en què s'haurà de recórrer al que es disposa en l'article 64 de la LCSP, que regula els conflictes d'interès i els defineix incloent qualsevol situació en la qual «el personal al servei de l'òrgan de contractació» no només participi en el desenvolupament del procediment de licitació sinó també quan, encara que no hi participi, pugui influir en el seu resultat, en la mesura que tingui directament o indirectament un interès financer, econòmic o personal que pugui semblar que compromet la seva imparcialitat i independència.

En aquests casos, així com en d'altres en què concorri un conflicte d'interès, l'article 64 de la LCSP obliga l'òrgan de contractació a adoptar «mesures adequades» per «solucionar de manera efectiva» els conflictes detectats, tanmateix no preveu cap mesura concreta en aquest sentit; de fet, no es conté en la LCSP la previsió d'abstenció i recusació que es contenia en l'article 319 del TRLCSP. Això, crea **oportunitats per incórrer en la pràctica irregular, no ja de no detectar una situació de conflicte d'interès, sinó de no abordar-la o abordar-la de manera inadequada**; per exemple, sense adoptar les mesures de transparència i de publicitat pertinents.

A més, **la LCSP tampoc preveu les conseqüències jurídiques de no poder solucionar un conflicte d'interès** detectat en el transcurs del procediment de licitació quan el conflicte no comporta causa de prohibició per contractar, ni quan, malgrat donar-se en el transcurs de la licitació, es detecta un cop el contracte s'ha subscrit (l'article 39 de la LCSP només les preveu per al cas dels contractes subscrits amb una empresa incursa en prohibició de contractar³⁰). Cal tenir en compte que la LCSP no ha transposat l'article 57.4.e, de la Directiva 2014/24/UE, que estableix la possibilitat d'excloure l'operador econòmic quan no es pugui resoldre per mitjans menys restrictius un conflicte d'interès. Aquesta ommissió que, davant d'una situació com la descrita, obligarà a haver de tenir present els principis rectoris en matèria de contractació pública, no és intranscendent, atès que pot comportar que la mesa admeti l'oferta d'una empresa licitadora que forma

la facultat per contractar o els que exerceixin la substitució del primer» resulta aplicable, a l'efecte que concorri la prohibició, a tots els parents de les persones que s'indiquen en el precepte —és a dir, als cònjuges, persones vinculades amb relació anàloga de convivència afectiva, ascendents i descendents, i parents de segon grau per consanguinitat o afinitat— o només als parents de segon grau per consanguinitat o afinitat.

Aquesta qüestió s'ha analitzat per part dels òrgans consultius en matèria de contractació pública – així, per la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya en l'[Informe 5/2017, de 16 de maig](#), i per la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó en l'[Informe 10/2016, de 18 de maig](#)– en el sentit que és irrellevant la relació de parentiu i el que és determinant és que es produeixi un conflicte d'interessos amb el titular de l'òrgan de contractació o els titulars dels òrgans en què s'hagi delegat la facultat per contractar o els que exerceixin la substitució del primer.

³⁰ En la guia pràctica de la Comissió Europea subtitulada «com evitar els errors més comuns en la contractació pública de projectes finançats amb càrrec als Fons Estructurals i d'Inversió Europeus», de l'any 2015, es va assenyalar, com a exemple d'error més comú amb correccions financeres, que, un cop adjudicat un contracte, es detecti l'existència d'un conflicte d'interès entre el president del comitè d'avaluació de la licitació i l'empresa que va resultar adjudicatària, i s'al·ludeix al fet que el poder adjudicador no disposés de directrius ni protocols per abordar-lo.



part d'un conflicte d'interès irresoluble, per exemple, per tenir vincles amb l'empresa contractada per efectuar la valoració de les ofertes.³¹

Manca de regulació de la sol·licitud d'aclariment de les ofertes presentades

Àrea de risc: admetre o excloure ofertes de forma esbiaixada.

Risc específic: tramitació irregular de les sol·licituds d'aclariments sobre les ofertes presentades o manca de tramitació.

La LCSP no conté cap precepte que indiqui expressament com ha de procedir l'òrgan de contractació, o la mesa, quan es comprovi en un procediment de licitació que l'oferta econòmica o tècnica d'una empresa licitadora és imprecisa o presenta un error, qüestió que tampoc va abordar el TRLCSP.³²

La **manca de regulació de la possibilitat de sol·licitar aclariments o precisions sobre les ofertes presentades** per les empreses licitadores ha generat múltiples pronunciaments, tant de les juntes consultives en matèria de contractació pública, com dels diversos òrgans encarregats de resoldre els recursos especials sobre aquesta matèria, els quals han basat els seus pronunciaments, en essència, en l'establert per la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) que ha tractat aquesta qüestió.³³ Tanmateix, una regulació en aquest sentit **resultava necessària per reduir la probabilitat del risc d'admetre o excloure ofertes de forma esbiaixada** a causa de tramitar de forma irregular les sol·licituds d'aclariments sobre les ofertes presentades o no portar a terme aquesta tramitació i, d'aquesta forma, afavorir o perjudicar a determinats operadors econòmics.³⁴

En ocasions, la manca de previsió normativa sobre com ha d'actuar l'òrgan de contractació, o la mesa, i els tràmits que s'han de seguir quan es comprova que l'oferta presentada per una empresa licitadora és imprecisa o presenta un error, pot provocar actuacions errònies. Així, per exemple, la decisió de rebutjar automàticament l'oferta d'una empresa licitadora per contenir imprecisions o errors formals o materials manifestos, que podien ser susceptibles de precisió o aclariment sense que suposés proposar una nova oferta, s'ha considerat una actuació contrària al principi de bona governança i a les exigències d'una bona administració; com també el cas contrari,

³¹ En la Resolució núm. 219/2014, de 10 de desembre de 2014, el Tribunal Administratiu de Contractació Pública de Madrid va considerar conforme a dret a l'Acord del Ple d'un Ajuntament mitjançant el qual es va decidir rebutjar la proposta d'adjudicació de la Mesa en ser l'empresa proposada com a adjudicatària client de l'empresa contractada per l'Ajuntament per realitzar la valoració dels criteris d'adjudicació susceptibles de valoració subjectiva, atès la potencialitat de què s'hagués produït una valoració interessada a causa de l'aparent conflicte d'interès.

³² La LCSP, igual que el TRLCSP, regula la possibilitat de sol·licitar precisions o aclariments sobre les ofertes presentades únicament en el procediment d'adjudicació de diàleg competitiu. Així, l'article 176.1, segon paràgraf, de la LCSP, en relació amb aquest procediment, disposa que «la mesa pot sol·licitar precisions o aclariments sobre les ofertes presentades, ajustaments en aquestes ofertes o informació complementària relativa a aquestes, sempre que això no suposi una modificació dels elements fonamentals de l'oferta o de la licitació pública, en particular de les necessitats i dels requisits establerts a l'anunci de licitació o al document descriptiu, quan impliqui una variació que pugui falsejar la competència o tenir un efecte discriminatori».

³³ La Junta Consultiva de Contractació de Catalunya ha tingut ocasió de pronunciar-se en l'Informe 17/2014, de 17 de desembre, sobre les «possibilitats d'actuació en el supòsit d'inclusió de dues ofertes econòmiques en el sobre corresponent, per part d'una empresa licitadora» i en l'Informe 5/2016, de 26 de juliol, relatiu a les «conseqüències de la presentació d'ofertes que, per error, incompleixen prescripcions mínimes obligatòries», en els quals s'ha recollit part de la jurisprudència del TJUE.

³⁴ De fet, l'Avantprojecte de Llei d'ús estratègic de la contractació pública en Aragó regula en l'article 20 l'aclariment d'ofertes.



d'admetre l'oferta d'una empresa licitadora que, atès el tipus d'error o imprecisió que contenia, s'havia de rebutjar, produint-se una negociació confidencial de l'oferta i, per tant, una vulneració de les regles procedimentals i del principi d'igualtat de tracte.³⁵

Regulació laxa de la composició de les meses de contractació en l'àmbit local

Àrea de risc: diversos riscos en la fase de licitació.

Les meses de contractació exerceixen funcions fonamentals en la fase de licitació dels contractes, atès que prenen decisions de gran transcendència en relació amb la selecció de l'empresa adjudicatària d'un contracte, motiu pel qual l'actuació d'aquest òrgan col·legiat ha de ser transparent, independent, imparcial i de caràcter tècnic. Per garantir una actuació de les meses de contractació en aquest sentit, la LCSP les configura expressament com a òrgans d'assistència tècnica especialitzada i estableix noves exigències, respecte de les que preveia el TRLCSP, com la publicació de la seva composició al perfil de contractant de l'òrgan de contractació i la prohibició de què en formin part determinades categories de servidors públics.

Aquestes noves exigències de la LCSP, conjuntament amb l'exigència de dues vocalies especialitzades, que ja es contenia en el TRLCSP, es poden considerar mesures preventives adoptades per la LCSP per reduir les oportunitats de riscos en la fase de licitació dels contractes vinculats a l'actuació de les meses de contractació en l'exercici de la funció de valoració de les proposicions, ja que reforcen els principis de transparència, imparcialitat i independència que han de guiar la seva actuació.

Tanmateix, aquesta reducció es pot veure condicionada en l'àmbit local atès que la LCSP regula la composició de les meses en aquest àmbit de manera més laxa que per a la resta d'administracions públiques (no locals). Així, la LCSP regula les meses de contractació amb caràcter general en l'article 326 que, d'acord amb la disposició final primera, no té caràcter de bàsic. Aquest precepte de la LCSP estableix determinades limitacions pel que fa a la composició de les meses de contractació, prohibint que en formin part els càrrecs públics representatius, el personal eventual, així com el personal que hagi participat en la redacció de la documentació tècnica del contracte «excepte en els supòsits a què es refereix la disposició addicional segona». Aquesta disposició addicional segona³⁶, que regula les competències en matèria de contractació en les entitats locals i la composició de les seves meses de contractació, també prohibeix al personal eventual integrar aquests òrgans, però permet expressament que en formin part els «membres electes» designats per l'òrgan de contractació —amb la limitació que no suposin més d'un terç del total dels membres de la mesa— i res estableix respecte del

³⁵ En la guia pràctica de la Comissió Europea ja esmentada, subtitulada «com evitar els errors més comuns en la contractació pública de projectes finançats amb càrrec als Fons Estructurals i d'Inversió Europeus», de l'any 2015, s'assenyala com un dels errors més comuns que impliquen correccions financeres el fet que els poders adjudicadors permetin a les empreses licitadores modificar les seves ofertes durant la fase d'avaluació de les mateixes.

³⁶ Aquest precepte estableix literalment que «la mesa de contractació ha d'estar presidida per un membre de la corporació o un funcionari d'aquesta, i n'han de formar part, com a vocals, el secretari o, si s'escau, el titular de l'òrgan que tingui atribuïda la funció d'assessorament jurídic, i l'interventor o, si s'escau, el titular de l'òrgan que tingui atribuïdes la funció de control econòmic pressupostari, així com els altres que designi l'òrgan de contractació entre el personal funcionari de carrera o personal laboral al servei de la corporació, o membres electes d'aquesta, sense que el seu nombre, en total, sigui inferior a tres. Els membres electes que, si s'escau, formin part de la mesa de contractació no poden suposar més d'un terç del total de membres d'aquesta. Ha d'actuar com a secretari un funcionari de la corporació».



personal que hagi participat en la redacció de la documentació tècnica del contracte; únicament limita la integració d'aquest personal en el comitè d'experts.

Si bé **la norma possibilita la configuració en l'àmbit local de meses de contractació de caràcter tècnic i independent**, la regulació de la disposició addicional segona de la LCSP **deixa un ampli marge als òrgans de contractació de les Corporacions locals en aquesta configuració**.³⁷ A més, la flexibilització d'aquesta configuració **no es circumscriu a ens locals en què, per la seva dimensió, pogués quedar justificada per necessària**.

D'altra banda, com s'ha dit, la disposició addicional segona no estableix cap limitació respecte del personal que hagi participat en la redacció de la documentació tècnica del contracte, a diferència de l'article 326 de la LCSP per a les meses de contractació de règim general, si bé amb una redacció no gaire precisa.³⁸ Malgrat que aquesta manca de limitació pot ser adequada atesa la realitat d'algunes entitats locals de petites dimensions, no s'estableix cap diferenciació al respecte. Per tant, en la línia del que s'ha assenyalat, els principis d'independència i d'imparcialitat que han de fonamentar l'actuació de les meses podrien resultar compromesos en no vedar la LCSP la possibilitat que el personal que hagi participat en la redacció de les condicions tècniques integri aquests òrgans col·legiats en les corporacions locals, depenent de la decisió discrecional de l'òrgan de contractació.

3.3. Valorar de forma esbiaixada les ofertes

Manca de previsió relativa a la comunicació prèvia dels subcriteris d'adjudicació i del mètode de valoració de les ofertes

Àrea de risc: valorar de forma esbiaixada les ofertes.

Risc específic: modificar de facto els criteris d'adjudicació o les regles per valorar-los, configurant unes regles diferents de les que s'havien donat inicialment als licitadors per preparar les ofertes, de forma que s'afavoreixi o perjudiqui determinats licitadors.

La LCSP obliga a establir en els plecs de clàusules administratives particulars els criteris d'adjudicació, els quals també han de figurar en l'anunci de convocatòria de la licitació, i a precisar també en aquests plecs la ponderació relativa que s'atribueix a cadascun dels criteris establerts, en els articles 145 i 146 respectivament. Aquestes exigències són manifestació del deure dels òrgans de contractació de donar un tractament igualitari i no discriminatori als operadors econòmics i d'obrar amb transparència i imparcialitat en

³⁷ Admetent la possibilitat que l'integrin un determinat nombre de càrrecs electes i, fins i tot, que la puguin presidir: l'apartat 7 de la disposició addicional segona de la LCSP precisa que com a secretari de la Mesa de contractació «ha d'actuar un funcionari de la Corporació» i que aquesta ha d'estar presidida «per un membre de la corporació o un funcionari d'aquesta».

³⁸ Aquest precepte estableix, literalment, que tampoc pot formar part de les meses de contractació el personal que hagi participat en la redacció de la documentació tècnica del contracte de què es tracti, «excepte en els supòsits a què es refereix la disposició addicional segona». Aquest darrer incís és certament confús, atès el caràcter no bàsic del precepte i el fet que en dita disposició addicional no es preveu cap supòsit per a les entitats locals. De manera que, sembla que es tractaria d'un error tècnic ja que la redacció del precepte va tenir el seu origen en una esmena presentada al Congrés que alhora va ser objecte d'una esmena transaccional en l'acceptació de la qual es va afegir l'incís final esmentat sense que s'inclogués cap excepció en la disposició addicional segona.

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat en l'Informe 3/2018, relatiu a la composició de les meses, s'ha pronunciat respecte de l'abast de la prohibició de formar part de la mesa de contractació del personal que ha participat en la redacció de la documentació tècnica de l'expedient de contractació establerta en l'article 326.5, paràgraf tercer, de la LCSP, esmentat.

la valoració de les ofertes, i tendeixen, conjuntament amb altres previsions de la LCSP relatives a l'aplicació dels criteris d'adjudicació, a reduir les oportunitats per al risc d'afavorir o perjudicar a determinats operadors econòmics en realitzar l'avaluació de les ofertes.

Tanmateix, **la pròpia LCSP també incrementa la probabilitat** d'aquest risc en la mesura que en cap precepte s'estableix expressament l'obligació de l'entitat contractant de preveure en els plecs els subcriteris relatius als criteris d'adjudicació previstos, ni el seu mètode de valoració concret. Aquest fet, en ocasions, pot provocar **que els encarregats d'avaluar les ofertes modifiquin erròniament els criteris d'adjudicació** —per exemple, en establir subcriteris no inclosos en els plecs durant el procés d'avaluació—, **el que conduirà a una avaluació incorrecta de les ofertes i a una pràctica irregular**.³⁹

De fet, aquesta és una qüestió que ha abordat el TJUE en diverses sentències, en les quals declara que la normativa de contractació pública, interpretada a la llum del principi d'igualtat de tracte i de l'obligació de transparència que se'n deriva, s'oposa a què en un procediment de licitació l'entitat adjudicadora determini amb posterioritat coeficients de ponderació i subcriteris relatius als criteris d'adjudicació establerts en el plec (Sentència de 24 de gener de 2008, assumpte C-532/06); i que, malgrat que no existeixi en la normativa de contractació pública, ni es desprengui de la jurisprudència comunitària, una obligació general de comunicar en els plecs o en l'anunci de licitació el mètode de valoració aplicat per avaluar i classificar concretament les ofertes, de conformitat amb els principis reguladors d'aquesta matèria, i per evitar qualsevol risc de favoritisme, aquest mètode no es pot determinar, en principi, un cop obertes les ofertes, llevat que per raons «demostrables» no sigui possible establir-lo abans de l'obertura (Sentència de 14 de juliol de 2016, assumpte C-6/15).

Manca de precisió en la regulació de la classificació de les ofertes en els casos en què es presentin ofertes anormalment baixes

Àrea de risc: valorar de forma esbiaixada les ofertes.

Risc específic: aplicar irregularment el procediment per valorar les ofertes.

L'ordre sistemàtic amb el qual el TRLCSP regulava la classificació de les ofertes i el règim de les ofertes amb valors anormals o desproporcionats, en els articles 151 i 152 respectivament, va plantejar la qüestió de si procedia realitzar el càlcul de la puntuació econòmica de les ofertes i la seva classificació amb posterioritat al tràmit de valoració de les ofertes presumptament anormals, exclouent de dita valoració i classificació les ofertes de les empreses licitadores identificades com a anormals.

Aquesta qüestió va suscitar diversos pronunciaments, tant dels òrgans consultius específics en matèria de contractació pública,⁴⁰ com dels diferents tribunals encarregats de resoldre els recursos especials en matèria de contractació pública.⁴¹ Aquests

³⁹ En la *Guia pràctica de contractació pública per a professionals* de la Comissió Europea de febrer de 2018, ja esmentada, es va assenyalar com a pràctiques il·legítimes que s'han d'evitar, la modificació errònia d'alguns criteris o desenvolupar criteris principals o secundaris complementaris durant el procés d'avaluació, malgrat que els canvis o aspectes complementaris no s'inclouessin en els plecs de la contractació.

⁴⁰ Així, per exemple, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó, en l'Informe 3/2017, de 5 d'abril, relatiu a «classificació i valoració de les ofertes en els procediments de licitació en què existeixin ofertes anormals o desproporcionades».

⁴¹ A tall d'exemple, el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals en la Resolució núm. 333/2011, de 27 de desembre de 2011; i el Tribunal Administratiu de Contractació Pública de Madrid en la Resolució núm. 198/2013, de 18 de desembre de 2013.



pronunciaments van coincidir en què la valoració i la classificació de les ofertes s'ha d'efectuar respecte de les admeses a la licitació, un cop descartades les temeràries, atès que el mateix article 151.1 del TRLCSP preveia que «l'òrgan de contractació classificarà, per ordre decreixent, les proposicions presentades i que no hagin estat declarades desproporcionades o anormals». Efectivament, una solució diferent podria alterar la puntuació i determinar l'adjudicació d'un contracte a favor d'una empresa que no hagués presentat la millor oferta.⁴²

Si bé ara el precepte que regula les ofertes anormalment baixes en la LCSP és previ al que regula la classificació de les ofertes i adjudicació del contracte —articles 149 i 150 respectivament—, no es precisa, com sí ho feia el TRLCSP, que la classificació de les ofertes no ha d'incloure les que hagin estat declarades desproporcionades o anormals.

Per tant, la redacció dels articles 149 i 150 de la LCSP sembla possibilitar que la valoració i la classificació de les ofertes s'efectuï prèviament a la determinació i, si escau, exclusió de les ofertes presumptament anormals. Així, d'una banda, l'article 149 de la LCSP preveu que si l'òrgan de contractació considera que una oferta és anormalment baixa «l'ha d'excloure de la classificació i ha d'acordar l'adjudicació a favor de la millor oferta, d'acord amb l'ordre en què hagin estat classificades». D'altra banda, aquest article també disposa que la mesa o l'òrgan de contractació ha de classificar, per ordre decreixent, les proposicions presentades, sense especificar, com s'ha dit, que s'han d'excloure a les ofertes anormals d'aquesta classificació.⁴³

En efecte, la redacció de l'article 149 de la LCSP pot incrementar la probabilitat del risc de valorar de forma esbiaixada les ofertes i crear oportunitats perquè l'adjudicació d'un contracte es pugui efectuar a una empresa diferent d'aquella que havia d'haver resultat l'adjudicatària a causa d'incloure ofertes anormals en la valoració i classificació de les ofertes.

4. Els factors de risc de naturalesa normativa en la fase d'execució

4.1. Obtenir una prestació diferent de la contractada

Regulació del responsable del contracte insuficient per garantir l'efectivitat d'aquesta figura

Àrea de risc: obtenir una prestació diferent de la contractada.

Risc específic: no detectar conflictes d'interès en la persona del responsable del contracte.

L'article 62 de la LCSP estableix l'obligació dels òrgans de contractació de designar un responsable del contracte, al qual correspon supervisar-ne l'execució, adoptar les decisions i dictar les instruccions necessàries amb la finalitat d'assegurar la realització

⁴² L'Advocacia General de l'Estat en el Dictamen 163/08, de 29 de setembre, adverteix que es posaria en dubte el deure de l'administració de seleccionar l'oferta econòmicament més avantatjosa si l'adjudicació d'un contracte es condicionés per la concurrència d'ofertes no depurades que poden ser invàlides per ser desproporcionades.

⁴³ El Consell de l'Estat en el Dictamen sobre l'Avantprojecte de la Llei de Contractes del Sector Públic, ja esmentat, va recomanar donar una nova redacció a aquest paràgraf.

correcta de la prestació pactada, en l'àmbit de facultats que aquells òrgans li atribueixin. Així, a diferència de l'article 52 del TRLCSP, que establia la figura del responsable del contracte com a potestativa, la LCSP obliga als òrgans de contractació a designar-ne un.

Al marge que determinats preceptes de la LCSP poden donar lloc a confusió respecte del caràcter obligatori de la designació del responsable del contracte,⁴⁴ es constata que la importància indiscutible que té aquesta figura no ha estat acompanyada d'un règim jurídic que garanteixi la seva efectivitat en l'exercici de la funció de supervisió de l'execució dels contractes. Així, per exemple, **hauria estat convenient que l'article 62 de la LCSP**, que estableix que el seu nomenament correspon a l'òrgan de contractació i que pot recaure en una persona física o jurídica vinculada a l'entitat contractant o aliena a aquesta, també **preveïés haver d'observar en el seu nomenament la màxima diligència en la gestió dels conflictes d'interès en aquesta figura, per tal de reduir la probabilitat del risc de no detectar o no respondre correctament en qualsevol situació de conflicte d'interès en què es pugui trobar la persona responsable del contracte**. Cal recordar que l'article 64 de la LCSP, relatiu a la lluita contra la corrupció i prevenció dels conflictes d'interès, al·ludeix als conflictes que puguin sorgir «en els procediments de licitació», en contraposició al que estableix l'article 24 de la Directiva 2014/24/UE que els defineix fent referència als que puguin sorgir en el «procediment de contractació», que inclou també els que sorgeixen en la fase d'execució dels contractes.

Així mateix, no es preveu en la LCSP cap mesura de transparència respecte el nomenament del responsable del contracte,⁴⁵ ni de les concretes atribucions que se li poden encomanar, així com de les decisions i instruccions que pot adoptar. Una previsió en aquest sentit hauria estat necessària atès que, per exemple, respecte dels contractes de serveis, l'article 311 de la LCSP estableix que s'han d'executar amb subjecció al que disposen les seves clàusules i els plecs «i també d'acord amb les instruccions que el responsable del contracte doni a l'empresa contractista per a la interpretació corresponent».

Absència de preceptes precisos, clars i estructurats per a l'exercici de la funció de control

Àrea de risc: obtenir una prestació diferent de la contractada.

Risc específic: no detectar incompliments en l'execució de la prestació o de totes les condicions d'execució pactades, no resoldre les deficiències detectades durant l'execució del contracte.

Si bé la LCSP atorga una major importància a la fase d'execució dels contractes públics

⁴⁴ Així, l'article 194 de la LCSP estableix que les penalitats s'imposaran per acord de l'òrgan de contractació, adoptat a proposta del responsable del contracte «si s'ha designat»; i l'article 311 preveu que el contracte s'ha d'executar amb subjecció al que estableixen les seves clàusules i els plecs, i d'acord amb les instruccions que el responsable del contracte doni al contractista per a la interpretació corresponent, «en els casos en què s'hagi designat». Malgrat aquestes previsions, cal entendre que la designació d'un responsable del contracte és obligatòria atesa la pròpia regulació de l'article 62 de la LCSP, la qual es va introduir com a conseqüència de diverses esmenes de diferents grups parlamentaris, amb la justificació de la necessitat de fer un millor seguiment de l'execució dels contractes per tal de verificar el compliment de les obligacions contractuals i de les condicions de l'oferta.

⁴⁵ Sí que estableix mesures de transparència en aquest sentit la Llei 1/2015, d'1 d'abril, de garantia de la qualitat dels serveis públics i de la bona administració de la Comunitat Autònoma de Galícia, l'article 46 de la qual estableix que en la web de l'entitat contractant s'ha de publicar la identitat del responsable del contracte.

que el TRLCSP, tanmateix, no estableix una regulació específica, estructural i concloent en relació amb l'exercici de la funció de control intern de l'execució dels contractes. Així, preveu determinades obligacions específiques per als òrgans de contractació en la supervisió de l'execució dels contractes, en els articles 149⁴⁶ i 201⁴⁷, i reforça els mecanismes per dur a terme aquest control.⁴⁸ En canvi no regula els aspectes relatius a la seva operativitat, ni tampoc al·ludeix a la necessitat de mesurar a través d'indicadors l'impacte intern i extern de la contractació; per exemple, en relació a les polítiques mediambientals, socials o d'ocupació que la contractació pot tenir per finalitat aconseguir.

Aquesta **manca de regulació específica sobre la funció de control de l'execució dels contractes crea oportunitats per incórrer en actuacions irregulars**, tant en relació amb el contracte en execució —es rep una prestació que no compleix amb les exigències del plec i amb l'establert en el propi contracte—, com en relació amb les contractacions futures de l'entitat —es continua contractant la mateixa prestació sense introduir canvis respecte de la contractació anterior quan requeria d'una millora—, en la mesura que incrementa la probabilitat de diversos riscos per a la integritat, tals com, per exemple, el risc de no detectar incompliments en l'execució de la prestació o de totes les condicions d'execució pactades.

4.2. Modificar indegudament el contracte

Regulació del règim de les modificacions previstes en els plecs que crea oportunitats per recórrer a les no previstes

Àrea de risc: modificar injustificadament el contracte.

La LCSP regula el règim de modificació dels contractes introduint canvis importants respecte del TRLCSP, tant pel que fa a quins contractes els resulta d'aplicació —els subscrits per les administracions públiques i els poders adjudicadors, a diferència del règim del TRLCSP que resultava d'aplicació als de tot el sector públic—, com als supòsits de modificació, principalment.

El nou règim de modificació dels contractes establert en la LCSP transposa l'article 72 de la Directiva 2014/24/UE, la qual estableix, per primer cop en l'àmbit comunitari, una

⁴⁶ Aquest precepte, que regula les ofertes anormalment baixes, preveu l'obligació de l'òrgan de contractació d'establir, en cas que l'empresa adjudicatària hagi resultat incursa en presumpció de anormalitat, mecanismes adequats per fer un seguiment detallat de l'execució del contracte, amb l'objectiu de garantir una execució correcta del mateix, sense que es produeixi una minva en la qualitat dels serveis, les obres o els subministraments contractats.

⁴⁷ Aquest article, que incorpora el previst en l'article 18 de la Directiva 2014/24/UE, estableix l'obligació dels òrgans de contractació d'adoptar les mesures pertinents per garantir que en l'execució dels contractes les empreses contractistes compleixen les obligacions aplicables en matèria mediambiental, social o laboral que estableixen el dret de la Unió Europea, el dret nacional, els convenis col·lectius o les disposicions de dret internacional mediambiental, social i laboral que vinculin l'Estat, i en particular les que estableix l'annex V de la LCSP.

⁴⁸ En aquest sentit, la LCSP a més de preveure l'existència d'una unitat encarregada del seguiment i execució ordinària del contracte —que ha de figurar en els plecs— i fer obligatòria, com s'ha dit, la designació d'un responsable del contracte (art. 62), atribueix de forma expressa a l'òrgan de contractació les facultats d'inspecció de les activitats realitzades pels contractistes durant l'execució del contracte, i de les facultats d'inspecció de les instal·lacions, oficines i emplaçaments del contractista, quan motivadament sigui necessari per verificar el compliment del contracte (art. 190).



regulació sobre aquesta matèria. Tanmateix, la LCSP preveu un règim més rígid que el de la Directiva el qual, malgrat ser jurídicament viable,⁴⁹ pot tenir en determinats casos un efecte contrari al que persegueix; això és, preservar el respecte als principis que informen la contractació pública.

Així, l'article 204 de la LCSP, el qual regula les modificacions previstes en el plec de clàusules administratives particulars, estableix, a diferència de la Directiva, un límit màxim del vint per cent del preu inicial. Aquest límit no sembla congruent amb el fet que l'article 205 de la LCSP, respecte de les modificacions no previstes en els plecs, prevegi la possibilitat que aquestes arribin fins a un cinquanta per cent del preu inicial del contracte, en la mesura que, precisament, són les modificacions no previstes en els plecs les que major incidència tenen respecte d'aquells principis i les que generen majors riscos de pràctiques irregulars.

Certament, una regulació més estricta per a les modificacions previstes en els plecs que per a les modificacions no previstes, quant al límit percentual màxim que poden suposar, es pot considerar un factor de risc que incrementa les probabilitats del risc de modificar un contracte un cop formalitzat, sense haver tingut en compte l'eventual modificació del contracte durant la seva licitació, de manera que fos coneguda per tots els eventuais operadors econòmics interessats i tinguda en compte per al càlcul del valor estimat del contracte i, per tant, també per a la seva publicitat. Així, **es creen oportunitats per recórrer a les modificacions imprevistes** —principalment, al supòsit relatiu a prestacions addicionals a les inicialment contractades— **com a conseqüència de la pròpia limitació quantitativa establerta per a les modificacions previstes**. De fet, la Comissió Europea al·ludeix a la importància que té, per minimitzar la necessitat de realitzar modificacions, efectuar una bona planificació, uns plecs de condicions complets i sòlids i un contracte ben dissenyat, i assenjala com a «millor opció» considerar tots els possibles canvis i incloure'ls clarament en els plecs, prestant molta atenció durant la fase de preparació per tractar d'identificar tots els casos.⁵⁰

4.3. No exigir responsabilitats per incompliments

Manca d'obligació d'incloure en els plecs responsabilitats per incompliment de les condicions especials d'execució

Àrea de risc: no exigir responsabilitats per incompliments.

Risc específic: no exigir responsabilitat a l'empresa contractista per incompliment de les condicions especials d'execució.

L'article 202 de la LCSP, relatiu a les condicions especials d'execució, obliga els òrgans de contractació a establir en els plecs de clàusules administratives particulars almenys una condició d'execució de tipus mediambiental, social o relativa a l'ocupació que persegueixi alguna de les finalitats que enumera l'apartat segon del mateix precepte.

Tanmateix, **el caràcter potestatiu que aquest article atribueix a l'establiment, en els plecs, de responsabilitats en cas d'incompliment per part de l'empresa contractista de**

⁴⁹ L'establiment per la LCSP d'un règim de modificacions contractuals més rígid que el contingut en la Directiva 2014/24/UE no planteja dubte respecte a la seva viabilitat jurídica, atès que els legisladors dels Estats membres disposen d'un marge de discrecionalitat en la incorporació de condicions més estrictes; no així, però, de la flexibilització de les condicions de la Directiva.

⁵⁰ En la *Guia pràctica de contractació pública per a professionals, sobre com evitar els errors més comuns en els projectes amb finançament a càrrec als Fons Estructurals i d'Inversió Europeus*, de febrer de 2018, ja esmentada.



les condicions d'execució exigides no sembla congruent amb la importància que presenten aquestes condicions, principalment en la consecució de determinades polítiques públiques; sobretot, en la mesura que incrementa la probabilitat que no s'exigeixin responsabilitats per incompliment com a conseqüència de no haver-se previst aquest règim en els plecs.

En aquest sentit, hauria estat convenient que l'article 202 de la LCSP obligués als òrgans de contractació a establir penalitats per al cas d'incompliment de les condicions especials d'execució exigides, o bé a atribuir a aquestes el caràcter d'obligacions contractuals essencials als efectes de resolució del contracte, tal com es preveu en l'article 76 de la LCSP, com a novetat en relació a la regulació que s'establia en el TRLCSP per als supòsits en què els plecs exigeixin a les empreses licitadores l'adscripció a l'execució del contracte de determinats mitjans personals o materials. Cal tenir en compte que exigir en els plecs una condició especial d'execució de tipus social, mediambiental o d'altre ordre pot perdre tota la seva virtualitat si els plecs no concreten com es verificarà el seu compliment, ni preveuen responsabilitats per als casos d'incompliments de dites condicions, o bé si les conseqüències previstes no s'apliquen.

Regulació insuficient de la nova causa de resolució dels contractes relativa a l'impagament dels salaris dels treballadors o l'incompliment de les condicions establertes en conveni col·lectiu durant l'execució

Àrea de risc: no exigir responsabilitats per incompliments.

La LCSP estableix en l'article 211 una nova causa de resolució dels contractes administratius relativa a l'impagament dels salaris, durant l'execució del contracte, per part de l'empresa contractista, a les persones treballadores que hi participin, o a l'incompliment de les condicions que estableixen els convenis col·lectius en vigor per a aquests treballadors, també durant l'execució del contracte. Aquesta causa, però, no ha estat acompanyada d'un règim que garanteixi la seva efectiva aplicació.

L'article 212 de la LCSP estableix que, amb caràcter general, aquesta causa de resolució dels contractes només la poden instar els representants dels treballadors, però no regula aspectes necessaris per a la seva aplicació, la qual cosa pot originar dificultats a la pràctica i crear oportunitats per al risc de no exigir responsabilitats per incompliment. Així, **en la LCSP no s'especifica si aquesta causa de resolució dels contractes requereix que l'incompliment per part de l'empresa contractista s'hagi de qualificar de greu o dolós**, requisit que, per contra, sí s'exigeix en l'article 201 de la LCSP per imposar penalitats a l'empresa contractista per al cas que incompleixi obligacions en matèria laboral. **Tampoc es concreta si, un cop els representants dels treballadors acrediten l'incompliment a què es refereix aquesta causa de resolució i aquest incompliment s'ha constatat per l'òrgan de contractació, la resolució del contracte operarà automàticament o si, per contra, és l'òrgan de contractació qui ha de fer la corresponent ponderació dels interessos implicats per decidir si procedeix la resolució del contracte.**

5. Breu consideració final

La Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, ha suposat un cert canvi de paradigma en la contractació pública que es plasma ja en el seu article primer,



en el qual s'al·ludeix, com a novetat respecte de la Llei anterior, al principi d'integritat i a la incorporació transversal i preceptiva de criteris socials i ambientals, ambdós vinculats a una millor i eficient utilització dels fons públics. Pel que fa específicament a aquell «nou» principi —que, per cert, la Llei no defineix— es constata que si bé, certament, són pocs els esments que s'hi contenen en la resta de l'articulat de la LCSP, sí s'hi estableixen diferents mesures que contribueixen a la seva garantia. Cal entendre que en són exemples, entre altres, les obligacions de publicitat i de transparència en els perfils de contractant, principalment, en relació amb la documentació dels expedients de contractació, i la limitació de la quantia dels contractes menors i l'assimilació parcial de la fase preparatòria i de la publicitat d'aquests contractes a la dels no menors; així com, també, clarament, els mecanismes per prevenir les conductes col·lusòries en el procediment de contractació i la regulació, si més no parcial, dels conflictes d'interès.

En tot cas, tot i l'avenç respecte de la legislació de contractació anterior en aquest àmbit —que es pot qualificar tan d'evident, com de tímid—, la complexitat de la regulació —que no, necessàriament, de la matèria— continua sent una nota característica de la LCSP, tant, com s'ha dit, per la seva extensió, com per la redacció d'alguns dels seus preceptes, en ocasions imprecisa, en ocasions insuficient i en ocasions obscura.

Aquest fet, tal i com s'ha volgut reflectir en el present document, crea oportunitats o incrementa la probabilitat de riscos per a la integritat en les diverses fases dels procediments de contractació pública o, si més no, condiciona l'efectivitat de determinades mesures preventives adoptades per la pròpia Llei, algunes de les quals, justament, adreçades a garantir-la.

En aquest escenari, és **clau el paper dels diferents òrgans consultius en matèria de contractació pública** per donar llum a l'obscuritat que presenten determinats preceptes de la LCSP. En el cas de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, cal destacar els informes en què s'analitzen els límits als contractes menors i els requisits dels mitjans propis personificats establerts per la LCSP, als quals ja s'ha al·ludit. En aquest sentit, **resulta fonamental que existeixi certa coordinació d'aquests òrgans consultius i cal entendre que el Comitè de Cooperació en matèria de contractació pública, constituït en el nou model de governança en la contractació pública establert per la LCSP, ha de tenir un paper rellevant a aquest efecte.**

Així mateix, també n'és un factor clau la professionalització del personal que realitza o participa en tasques relacionades amb la contractació pública, ja que personal amb més competències professionals, coneixement i experiència serà més capaç de gestionar els riscos per a la integritat derivats de la pròpia regulació de LCSP i, per consegüent, d'evitar que acabin materialitzant-se en pràctiques irregulars.



Annex. Factors normatius específics per àrees de risc

1. Preparació		2. Licitació		3. Execució	
Àrees de risc	Factors normatius	Àrees de risc	Factors normatius	Àrees de risc	Factors normatius
1. Impulsar i preparar contractes innecessaris o perjudicials	<ul style="list-style-type: none"> Regulació de l'àmbit d'aplicació subjectiu basat en una concepció formalista i referenciada a l'esquema organitzatiu del sector públic estatal Regulació imprecisa del pla de contractació que han d'elaborar les entitats del sector públic Manca de previsió respecte de la solvència a exigir en els contractes mixtes 	5. No evitar pràctiques anticompetitives	<ul style="list-style-type: none"> Regulació amb incerteses del procedir de la mesa davant indicis de conductes col·lusòries en el procediment de contractació Publicitat condicionada de les respostes als aclariments sol·licitats per les empreses interessades 	9. Obtenir una prestació diferent a la contractada	<ul style="list-style-type: none"> Regulació del responsable del contracte insuficient per garantir l'efectivitat d'aquesta figura Absència de preceptes precisos, clars i estructurals per a l'exercici de la funció de control
2. Preparar contractes que limitin indegudament la concurrència o la lliure competència	<ul style="list-style-type: none"> Regulació imprecisa del règim dels contractes menors Regulació dels registres d'empreses licitadores i classificades que pot comprometre la finalitat d'agilització i simplificació a què respon la regulació del procediment obert simplificat i l'obligació d'inscripció que estableix Regulació del règim jurídic de contractació dels poders adjudicadors que no tenen la condició d'administració pública Regulació del doble règim jurídic dels contractes privats de les administracions públiques Manca de limitació de la durada de les eventuais pròrrogues dels contractes Marge de discrecionalitat en la determinació de la ponderació dels criteris d'adjudicació Regulació de la prova de la no concurrència d'una prohibició de contractar limitativa Utilització de conceptes jurídics indeterminats en la regulació del procediment negociat sense publicitat 	6. Admetre o excloure empreses licitadores de forma esbiaixada	<ul style="list-style-type: none"> Regulació de la causa de prohibició de contractar per incompatibilitat i del conflicte d'interès que permet no detectar aquestes situacions o no abordar-les adequadament. Manca de regulació de la sol·licitud d'aclariment de les ofertes presentades Regulació laxa de la composició de les Meses de contractació en l'àmbit local 	10. Modificar injustificadament el contracte	<ul style="list-style-type: none"> Regulació del règim de les modificacions previstes en els plecs que crea oportunitats per recórrer a les no previstes
3. Filtrar informació privilegiada		7. Valorar de forma esbiaixada les ofertes	<ul style="list-style-type: none"> Manca de previsió relativa a la comunicació prèvia dels subcriteris d'adjudicació i del mètode de valoració de les ofertes Manca de precisió en la regulació de la classificació de les ofertes en els casos en què es presentin ofertes anormalment baixes 	11. Autoritzar pagaments injustificats o irregulars	
4. Adjudicar directament a 1 operador al marge del procediment	<ul style="list-style-type: none"> Regulació imprecisa i insuficient dels convenis entre entitats del sector públic exclosos de l'àmbit d'aplicació de la LCSP Regulació imprecisa dels encàrrecs a mitjans propis personificats 	8. Resoldre l'adjudicació o formalitzar contractes irregularment		12. No exigir responsabilitats per incompliments	<ul style="list-style-type: none"> Manca d'obligació d'incloure en els plecs responsabilitats per incompliment de les condicions especials d'execució Regulació insuficient de la nova causa de resolució dels contractes relativa a l'impagament dels salaris dels treballadors o de les condicions establertes en conveni col·lectiu durant l'execució