



INFORME SOBRE LA PUBLICITAT I LA TRANSPARÈNCIA A LA LLEI 9/2017, DE 8 DE NOVEMBRE, DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC.

La Directiva 2014/24/UE, de 28 de febrer de 2014, sobre contractació pública, defensa el principi de transparència en la contractació pública establint a la consideració primera que l'adjudicació de contractes públics per les autoritats dels Estats membres o en el seu nom ha de respectar els principis del Tractat de Funcionament de la Unió Europea i, en particular, la lliure circulació de mercaderies, la llibertat d'establiment i la lliure prestació de serveis, així com els principis que es deriven d'aquests, com el d'igualtat de tracte, no discriminació, reconeixement mutu, proporcionalitat i transparència.

La Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), al seu preàmbul estableix que un dels objectius que inspiren la regulació continguda en la present Llei és assolir una major transparència en la contractació pública. A l'apartat 1 de l'article 1, quan defineix l'objecte i finalitat de la Llei, disposa que: *"1. La present Llei té per objecte regular la contractació del sector públic, a fi de garantir que aquesta s'ajusta als principis de llibertat d'accés a les licitacions, **publicitat i transparència dels procediments**, i no discriminació i igualtat de tracte entre els licitadors..."*

Seguint aquest principi la norma introdueix noves mesures per incrementar la transparència en la contractació pública i s'ha de destacar en l'àmbit de les obligacions de **publicitat activa** la major informació que s'ha de publicar d'ofici als perfils del contractant allotjats a la Plataforma de serveis de contractació pública.

1. LA PUBLICITAT ACTIVA A LA LCSP

1.1 Definició i característiques (articles 63 i 347 de la LCSP)

La Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, defineix la **publicitat activa** com el deure dels subjectes obligats de fer públics, d'ofici, els continguts d'informació pública que determina el capítol II del títol II, entre la que es troba la informació relativa als contractes i convenis.

El **perfil del contractant** es configura com l'element central de la publicitat de la contractació pública. És un element de difusió, exclusivament a través d'internet, on els òrgans de contractació han d'agrupar la informació i els documents relatius a tota la seva activitat contractual amb l'objecte d'assegurar la transparència i l'accés públic als mateixos.

No obstant això, els perfils del contractant dels òrgans de contractació de totes les Administracions Públiques de Catalunya i del seu respectiu sector públic hauran d'allotjar-se de manera obligatòria en la **Plataforma de Serveis de Contractació Pública** de la Generalitat de Catalunya (d'ara en davant PSCP), gestionant-se i difonent-se exclusivament a través d'aquesta. En las pàgines web institucionals d'aquets òrgans s'haurà d'incloure un enllaç al seu perfil de contractant situat a la PSCP (art. 347.3 LCSP)¹.

La PSCP es constitueix com un punt d'accés únic als perfils de contractant de les Administracions Públiques de Catalunya i del seu sector públic respectiu. La PSCP està

¹ Veure disposició addicional vuitena de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern.

interconnectada amb la Plataforma de Contractació del Sector Públic de l'Estat i, d'acord amb el que disposa l'article 347.3 de la LCSP, en cas de discrepància entre la informació publicada al PSCP i a la Plataforma de Contractació Pública de l'Estat, preval la informació publicada a la primera.

La PSCP compta amb un sistema de segellat de temps que permet acreditar fefaentment l'inici de la difusió pública de la informació que s'inclouï en la mateixa, de conformitat amb l'article art.347.4 de la LCSP.

La regulació del perfil del contractant continguda a l'article 63 de la LCSP representa un gran avanç en transparència, ja que incrementa considerablement les obligacions de publicitat activa dels òrgans de contractació en relació als contractes.

A partir de l'entrada en vigor de la LCSP s'hauran de complir les obligacions imposades per l'article 63 de la LCSP més les que estableix la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, en el cas que aquesta Llei prevegi la publicació d'alguna informació no continguda a la LCSP. De la mateixa manera en l'àmbit local, si hi ha ordenances municipals que hagin previst una publicitat activa més amplia, també l'hauran de complir.

Així doncs, pel que fa a la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, cal assenyalar que l'article 13.1 amplia la informació a publicar al Perfil del contractant als acords i informes tècnics del procediment de contractació, les pròrrogues dels contractes, i especifica que s'ha de donar publicitat al quadre comparatiu d'ofertes i les puntuacions respectives.² Així mateix, també cal tenir en compte les previsions de publicitat activa recollides a l'article 159 de la Llei 5/2017, de 28 de març, de mesures fiscals, administratives, financeres i del sector públic.

Cal tenir en compte que l'accés a la informació del perfil del contractant serà lliure sense requerir cap identificació prèvia sens perjudici que per l'accés a serveis personalitzats associats al contingut del perfil del contractant sí que es pugui requerir identificació (enviament d'alertes, enviament d'ofertes, subscripcions,).

La informació continguda al perfil dels contractant s'ha de publicar en formats oberts i reutilitzables i ha de romandre accessible al públic durant un període de temps mínim de 5 anys, sens perjudici de que es permeti l'accés a expedients anteriors mitjançant el dret d'accés a la informació pública.

El sistema informàtic que suporti el perfil del contractant ha de comptar amb un dispositiu que permeti acreditar el moment d'inici de la difusió pública de la informació que s'inclouï en el mateix.

1.2 Contingut mínim obligatori del perfil del contractant

- a) Informació de tipus general: haurà de constar-hi tota aquella informació que es pot utilitzar per relacionar-se amb l'òrgan de contractació com els punts de contacte, números de telèfon i de fax, adreça postal, adreça electrònica, informacions, anuncis i documents

² Tot això sens perjudici de la informació relativa als contractes a la que els subjectes obligats per la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, han de donar publicitat de manera constant als respectius portals de la transparència (article 13).

generals, com les instruccions internes de contractació i models de documents (art. 63.2 LCSP).

b) Informació de tipus particular: aquesta és la informació relativa als contractes que celebra l'òrgan de contractació i com a mínim haurà de publicar-se el següent (article 63.3 LCSP):

- **Memòria justificativa** del contracte, informe d'insuficiència de mitjans en el cas de contractes de serveis, la justificació del procediment utilitzat quan s'utilitzi un procediment diferent a l'obert o restringit, els **plecs de clàusules administratives** particulars i de **prescripcions tècniques** que regiran el contracte, o documents equivalents i el **document d'aprovació de l'expedient**.
- L'**objecte** detallat del contracte, la seva **durada**, el **pressupost** base de licitació i l'**import d'adjudicació**, inclòs l'IVA.
- **Anuncis** d'informació prèvia, de convocatòria de les licitacions, d'adjudicació i de formalització dels contractes, anuncis de modificació i la seva justificació, anuncis de concurs de projectes i de resultats de concursos de projectes, amb les excepcions establertes en les normes dels negociats sense publicitat.
- Els mitjans a través dels que, si és el cas, s'ha publicat el contracte i els enllaços a les publicacions.
- El **numero i identitat dels licitadors participants** al procediment, totes les **actes de la mesa** de contractació relatives al procediment d'adjudicació o, en el cas de no actuar la mesa, les resolucions del servei o òrgan de contractació corresponent, l'**informe de valoració** dels criteris d'adjudicació quantificables mitjançant un judici de valor de cada una de les ofertes, si és el cas, els **informes sobre ofertes presumptament anormals** i la **resolució d'adjudicació** del contracte.

Pel què fa a la **resolució d'adjudicació** del contracte serà motivada i haurà d'incloure la informació detallada necessària que permeti als interessats en el procediment interposar recurs suficientment fonamentat contra la decisió d'adjudicació (art. 151.2 LCSP), com a mínim s'hi farà constar:

- En relació amb els candidats descartats s'hauran d'exposar les raons per les que s'ha desestimat la seva candidatura.
 - En relació amb els licitadors exclosos del procediment d'adjudicació s'hauran de fer constar els motius pels quals no s'ha admès la seva oferta, i s'hauran de desglossar les valoracions assignades als diferents licitadors, inclòs l'adjudicatari.
 - En relació amb l'adjudicatari, s'ha de fer constar el seu nom, les característiques i avantatges de la proposició de l'adjudicatari que han estat determinants per seleccionar la seva oferta i, si és el cas, el desenvolupament de les negociacions o el diàleg amb els licitadors.
- També s'ha de publicar al perfil del contractant la **decisió de no adjudicar o celebrar el contracte**, el **desistiment** del procediment d'adjudicació, la declaració

del procediment **desert**, la **interposició de recursos** i l'eventual **suspensió** dels contractes amb motiu de la interposició de recursos.

- Els **procediments anul·lats**.
- La **composició de les meses** de contractació que assisteixin als òrgans de contractació, així com designació dels **membres del comitè d'experts** o **organismes tècnics especialitzats** per a l'aplicació dels criteris d'adjudicació que depenguin d'un judici de valor en aquells procediments que siguin necessaris.

S'ha de publicar el càrrec concret que tenen els membres de la mesa i del comitè d'experts, no val que es faci únicament una al·lusió genèrica o indeterminada o referir-se únicament a l'administració, organisme o entitat a la que pertanyen o representen.

- **Contractes menors**: la publicació de la informació relativa als contractes menors es farà almenys trimestralment i com a mínim inclourà l'objecte, durada, l'import d'adjudicació, inclòs IVA, i la identitat de l'adjudicatari, ordenant-se els contractes per la identitat de l'adjudicatari. Els contractes que tinguin un valor estimat inferior a 5.000 euros queden exceptuats d'aquesta publicació sempre i quan el sistema de pagament utilitzat pels poders adjudicadors sigui bestreta de caixa fixa o qualsevol altre sistema similar per realitzar pagaments menors.

Respecte de la publicitat activa dels contractes menors³, cal també tenir en compte el que disposa l'article 159.1.3 de la Llei 5/2017, de 28 de març, de mesures fiscals, administratives, financeres i del sector públic⁴.

- **Encàrrecs a mitjans propis**:
 - o S'ha de publicar la formalització dels encàrrecs de més de 50.000 euros, IVA exclòs.
 - o Respecte dels encàrrecs d'import superior a 5.000 euros s'ha de publicar com a mínim trimestralment la informació següent: objecte, durada, tarifes aplicables i identitat del mitja propi destinatari de l'encàrrec. Aquesta informació s'han d'ordenar per la identitat del mitja propi.
- **Consultes preliminars de mercat** (art.115 LCSP): En el cas que l'òrgan de contractació realitzi una consulta preliminar del mercat, abans d'iniciar-la, ha de publicar al perfil del contractant l'objecte d'aquesta, quan s'iniciarà i les

³ Veure Instrucció 1/207 de la Direcció General de Contractació Pública, sobre la tramitació i el compliment de la publicitat activa de la contractació menor.

⁴ L'article 159.1.3 de la Llei 5/2017, de 28 de març, disposa que "La formalització de més de dos contractes menors consecutius amb idèntic objecte i adjudicatari en un període de temps inferior a un any o la formalització de contractes menors amb idèntic objecte i destinatari durant tres anys consecutius requereix l'emissió d'un informe justificatiu per part de l'òrgan de contractació, en el cas de serveis i subministraments superiors a 5.000 €, IVA exclòs, i en el cas de contractes d'obra d'un import superior a 12.000 €, IVA exclòs. Aquest informe s'ha de publicar a la Plataforma de Serveis de la Contractació Pública i al Portal de la Transparència de la Generalitat."

denominacions dels tercers que hi participaran, als efectes que hi puguin tenir accés i possibilitat de realitzar aportacions tots els possibles interessats.

L'òrgan de contractació un cop que hagi realitzat les consultes preliminars farà un informe on hi constin les actuacions realitzades, els estudis realitzats i els seus autors, les entitats consultades, les qüestions que se'ls hi ha formulat i les respostes obtingudes. L'informe estarà motivat i formarà part de l'expedient de contractació i estarà subjecte a les mateixes obligacions de publicitat que els plecs de condicions i s'haurà de publicar al perfil del contractant de l'òrgan de contractació.

En el cas que l'òrgan de contractació utilitzi l'assessorament de tercers per preparar la licitació es publicarà al perfil del contractant les raons que motiven l'elecció dels assessors externs que resultin seleccionats.

- **Modificació del contracte** (article 207.3) els òrgans de contractació que hagin modificat un contracte durant la seva vigència, amb independència de si està subjecte a regulació harmonitzada o no i de la causa que justifiqui la modificació, hauran de publicar en tot cas un anunci de modificació al perfil del contractant de l'òrgan de contractació en el termini de 5 dies des de la seva aprovació, que haurà d'acompanyar-se de les al·legacions del contractista i de tots els informes que, si és el cas, s'hagin recavat amb caràcter previ a la seva aprovació, inclosos aquells aportats per l'adjudicatari o els emesos pel propi òrgan de contractació.

Així mateix, s'han de tenir en compte les mesures establertes a l'**article 159 de la Llei 5/2017**, del 28 de març, de mesures fiscals, administratives, financeres i del sector públic, que estableix l'obligació de publicar a la Plataforma de Serveis de la Contractació Pública:

- Els informes justificatius dels procediments d'urgència, pròrroga i de modificacions contractuals;
- L'informe que justifiqui la formalització de més de dos contractes menors consecutius amb idèntic objecte i adjudicatari en un període de temps inferior a un any o la formalització de contractes menors amb idèntic objecte i destinatari durant tres anys consecutius.

Atès que la LCSP defineix el perfil del contractant com l'element que agrupa tota la informació i documents relatius a l'activitat contractual de l'òrgan de contractació per assegurar-ne la transparència, considerem que els informes justificatius als que fan esment els punts 1.1 i 1.3 de l'article 159 s'han de publicar al perfil del contractant.

1.3 Exempció a la publicació de determinades dades relatives a la celebració del contracte (arts. 63.8, en relació amb l'article 154.7)

L'article 63.8 disposa que es podran no publicar en el perfil del contractant determinades dades relatives a la celebració del contracte si ens trobem davant d'algun dels supòsits previstos a l'article 154.7 de la LCSP i que són els següents:

- a) Que la divulgació de determinades dades relatives a la celebració del contracte pugui obstaculitzar l'aplicació d'una norma.
- b) Que la publicació de determinades dades resulti contrària a l'interès públic.
- c) Que la publicació de determinades dades pugui perjudicar interessos comercials legítims d'empreses públiques o privades o la competència lleial entre elles.
- d) Quan es tracti de contractes declarats secrets o reservats o que la seva execució hagi d'anar acompanyada de mesures de seguretat especials conforme la legislació vigent.
- e) Quan així ho exigeixi la protecció dels interessos essencials de la seguretat l'Estat i així s'hagi declarat conforme l'article 19.2 c) de la LCSP.

En termes generals, per poder justificar la no publicació de determinades dades relatives a la celebració dels contractes s'ha de tenir present que els límits que estableix la llei a la publicitat no operen de forma automàtica ni absoluta i la limitació al dret d'accés a la informació sempre ha d'anar lligada a una protecció concreta d'un interès racional i legítim i en aquest sentit s'haurà d'analitzar cada cas concret mitjançant l'anomenat test del dany i el principi de ponderació:

- Amb el test del dany s'ha de sospesar el dany que efectivament l'accés a la informació pot causar, podria ser que malgrat donar-se un dels supòsits en el cas concret no es produís cap dany o que aquest fos de poca entitat i en conseqüència no podria operar l'excepció.
- Així mateix, el principi de ponderació pretén modular l'aplicació de l'excepció, de manera que sigui possible l'accés parcial a la informació, si d'aquesta manera es poden preservar les dades emparades per l'excepció sense eliminar totalment el dret d'accés.

Ahora d'interpretar l'abast de qualsevol limitació o excepció s'ha de ser el més restrictiu possible per evitar el risc de buidatge de contingut i de la finalitat del dret d'accés a la informació tal i com es desprèn de la jurisprudència.⁵

Alguns d'aquests supòsits d'excepció a la publicitat tenen un caràcter excessivament genèric, com el relatiu als interessos comercials legítims, així ho apunta l'Oficina Antifrau de Catalunya en el seu informe sobre el dret d'accés on diu que la imprecisió d'aquests termes pot conduir a incloure en l'àmbit de les excepcions supòsits més que dubtosos, si, per exemple, s'interpretés que entre els interessos comercials hi ha aspectes no secrets de l'activitat empresarial -distints als protegits per la propietat industrial o intel·lectual.⁶

Cal destacar, així mateix, que el Conveni del Consell d'Europa sobre accés a la informació pública recull una llista d'excepcions a l'accés que els Estats adherits al Conveni poden establir, però també assenyala que no s'aplica l'excepció quan hi ha un interès públic prevalent a difondre la informació.

⁵ TSJCE Cas British American Tobacco International Ltd. Contra la Comissió.

⁶ Informe de l'OAC sobre el dret d'accés a la informació pública i transparència, de desembre 2014, p.185.

Respecte de la informació que ha de constar a l'**anunci de formalització dels contractes** i que està detallada a l'annex III de la LCSP, l'article 154.7 de la Llei, a més, disposa que, prèviament a la decisió de no publicar determinades dades, l'òrgan de contractació haurà de sol·licitar informe a la Comissió de Garantia del Dret d'Accés (GAIP)⁷. L'informe de la GAIP ha d'apreciar si el dret d'accés a la informació pública preval o no en front als béns que es pretenen salvaguardar amb la seva no publicació i ha de ser evacuat en el termini de 10 dies. No obstant això, no serà necessari demanar aquest informe quan l'òrgan de contractació anteriorment ja hagi formulat una consulta sobre una matèria idèntica o anàloga, sens perjudici de la justificació deguda de la seva exclusió en l'expedient en els termes establerts⁸.

Per tot el darrerament exposat, cal concloure que l'aplicació dels supòsits d'excepció al dret d'accés no pot ser en cap cas automàtica, és a dir, només pel fet que la petició afecti una matèria protegida amb una excepció absoluta, sinó que l'òrgan de contractació ha de justificar cada vegada a l'expedient la decisió de no publicar una determinada informació i, en el cas que aquesta afecti a la que ha de figurar obligatòriament a l'anunci de formalització del contracte, prèviament haurà de sol·licitar informe a la GAIP.

1.4 Conseqüències de l'incompliment (art.39 LCSP)

L'incompliment de l'obligació de publicar l'anunci de licitació al perfil del contractant allotjat a la Plataforma de Serveis de Contractació Pública, al Diari Oficial de la Unió Europea o en el mitjà de publicitat que sigui preceptiu, de conformitat amb l'article 135, és una causa de nul·litat de ple dret (art. 39.2c LCSP).

En conseqüència, abans de l'entrada en vigor de la LCSP, el dia 9 de març de 2018, el perfil del contractant ha d'estar allotjat a la Plataforma de Contractació Pública de la Generalitat de Catalunya per evitar que els contractes es puguin veure afectats per una causa de nul·litat.

2. CONFIDENCIALITAT

En el compliment de les obligacions de publicitat activa al perfil del contractant al igual que en les sol·licituds d'accés a la informació pública s'haurà de tenir en compte la confidencialitat regulada a l'article 133 de la LCSP.

Els òrgans de contractació no poden divulgar la informació facilitada pels empresaris que aquests hagin designat com a confidencial en el moment de presentar la oferta. El caràcter confidencial afecta, entre d'altres, als secrets tècnics o comercials, als aspectes confidencials de les ofertes i a altres informacions que el seu contingut pugui ser utilitzat per falsejar la competència ja sigui en aquest procediment de licitació o en un altre posterior.

El deure de confidencialitat de l'òrgan de contractació i dels seus serveis dependents no podrà estendre's a tot el contingut de l'oferta de l'adjudicatari ni a tot el contingut dels informes i documentació que, en el seu cas, generi directa o indirectament l'òrgan de contractació en el

⁷ La LCSP parla del Consejo de Transparència y Buen Gobierno, si bé a Catalunya aquestes funcions s'entenen atribuïdes en virtut de la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, a la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública.

⁸ D'acord amb el que disposa l'article 80 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les Administracions Públiques, aquest informe té caràcter preceptiu i no vinculant i en el cas que no sigui emès en el termini indicat es podran prosseguir les actuacions.

curs del procediment de licitació. Només es podrà estendre a documents que tinguin una difusió restringida, i en cap cas a documents que siguin públicament accessibles.

La confidencialitat no impedirà la divulgació pública de parts no confidencials dels contractes com, si és el cas, la liquidació, els terminis finals d'execució de l'obra, les empreses amb les que s'ha contractat i subcontractat, i, en tot cas, les parts essencials de l'oferta i les modificacions posteriors del contracte, respectant sempre la normativa de protecció de dades.

De la mateixa manera el contractista també ha de respectar el caràcter confidencial de la informació a la que tingui accés en l'execució del contracte a la que s'hagi donat el caràcter de confidencial als plecs o al contracte, o que per la seva pròpia naturalesa hagi de ser tractada com a tal. Si als plecs o al contracte no s'estableix un termini major definit i limitat en el temps, aquest deure de confidencialitat del contractista s'haurà de mantenir durant 5 anys.

Barcelona, 22 de febrer de 2018

Èlia Vilaseca i Arqués

Rosa Maldonado i Camats

Tècnica de la Direcció General
de Contractació Pública

Responsable Jurídic de
Processos i d'Organització