

**“UNA VISIÓN PROSPECTIVA DE LA GOBERNANZA DE LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA:
COMPLEJIDADES, INCERTIDUMBRES Y RESERVAS”**

Panticosa, 15 de septiembre de 2020

**XI Seminario de Contratación Pública: “LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA *NUEVA
NORMALIDAD*”**

Dra. Dolors CANALS AMETLLER

Profesora Titular de Derecho Administrativo

Facultad de Derecho-Departamento de Derecho Público

Universidad de Girona

dolors.canals@udg.edu

ESQUEMA

1. GOBERNANZA: ¿de qué estamos hablando?

2. ANTECEDENTES: **COMPLEJIDADES**

3. **EVALUACIÓN PROSPECTIVA: detección y análisis** de avances técnicos y científicos, y de causas o situaciones económicos y sociales, **sanitarios** y ambientales, que vienen a acelerar evoluciones o cambios en el sector de la contratación pública, y **previsión** de reacciones y efectos derivados de tales causas, situaciones o avances

CAUSAS, SITUACIONES, AVANCES DETECTADOS Y CONFLUYENTES: TODOS GENERAN INCERTIDUMBRES

A. **EXTENSIÓN DE TECNOLOGIAS EMERGENTES (DISRUPTIVAS): CUARTA “REVOLUCION INDUSTRIAL” : INTELIGENCIA ARTIFICIAL, COMPUTACION EN NUBE**

B. **DESAFIOS DE LA REGULACIÓN DEL ESPACIO DIGITAL: CIBERSEGURIDAD: SEGURIDAD Y DEFENSA EN EL CIBERESPACIO**

C. **ODS: ECONOMÍA CIRCULAR Y CAMBIO CLIMÁTICO**

D. **PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES: PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL**

E. **PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

F. **CONVIVENCIA CON Y SUPERACIÓN DE LA PANDEMIA COVID-19: recursos personales, materiales y “sentimentales”**

4. **PREVISIÓN DE REACCIONES Y, EN SU CASO, EFECTOS EN LA GOBERNANZA:**

A. **GESTIÓN DE INCERTIDUMBRES MEDIANTE LA CONTRATACION PÚBLICA como medio estratégico**

B. **EXTENSION en el clausulado DE INSTRUMENTOS CONOCIDOS: CERTIFICACION PRIVADA** (de seguridad-sanitaria, ecológica-incluida economía circular (productos sin obsolescencia programada), de ciberseguridad, de cumplimiento ético-inteligencia artificial), **PRESUNCION** (de identidades-identidad digital, de cumplimiento normativo, de seguridad, etc.) Y **CONFIANZA** (principalmente privada) a falta de **PRUEBA EN CONTRARIO**

C. **CREACIÓN DE NUEVAS ESTRUCTURAS PROFESIONALES EXPERTAS, de COMPOSICIÓN PUBLICO-PRIVADA** (expertos externos y funcionarios) y **NUEVAS FUNCIONES para situaciones de incertidumbre (emergencia): contratación en la incertidumbre**

D. **RELEVANCIA MAYOR de la RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL**

E. **RESERVAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA**

1. GOBERNANZA: ¿DE QUE ESTAMOS HABLANDO?

- GOBERNANZA INSTITUCIONAL (ORGANICA Y FUNCIONAL) de la contratación pública: **control, supervisión y vigilancia de la contratación pública** como marco de colaboración público-privada, y de asignación de recursos escasos: nueva ARQUITECTURA INSTITUCIONAL estatal y autonómica
- CONTRATACION PÚBLICA PARA LA GOBERNANZA DE SITUACIONES DE **EMERGENCIA E INCERTIDUMBRE: CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA (GOBERNANZA SUSTANTIVA Y DIRIGIDA)**: el recurso a la contratación pública para la consecución del interés general y de objetivos públicos **HOY, NUNCA ANTES PLANTEADOS** (y los que vendrán...)
- GOBERNANZA ELECTRÓNICA vs GOBERNANZA del ESPACIO DIGITAL: ¿hacia una “**CIBERCONTRATACIÓN PÚBLICA**”? La contratación de **SERVICIOS** más que **PRODUCTOS**



NUEVAS FUNCIONES / NUEVAS ESTRUCTURAS
INTERSECCIÓN PÚBLICO-PRIVADA (dentro y fuera de la contratación pública)

2.

ANTECEDENTES:

COMPLEJIDADES

“Lo que nos viene, lo que condicionará la contratación y la prestación de servicios públicos”: **“Nuevos retos de la contratación pública en un entorno de complejidades”** (13 de nov. de 2019- Barcelona: EACP)

1. **La COMPLEJIDAD NORMATIVA:** complejidad y densidad de la normativa de contratación pública que conlleva dificultades en la aplicación de la legislación (inseguridad jurídica) y el cumplimiento efectivo (AAPP como empresas-Pymes), y propicia malas prácticas y corrupción. La complejidad normativa afecta a la confección de los EXPEDIENTES de contratación y a la descripción del OBJETO del contrato y, finalmente, a la EJECUCION del contrato.
2. **La COMPLEJIDAD DEL CONTROL Y DE LA SUPERVISIÓN ADMINISTRATIVA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA (GOBERNANZA):** Directivas 2014: **“gobernanza orgánica y funcional”** de la contratación pública e insta a los EEMM a **SUPERVISAR** la aplicación práctica de la normativa europea (**NORMAS DE ADJUDICACION del contrato**): **VIGILANCIA EUROPEA que “obliga” a:** **A) una supervisión preventiva:** detectar fuentes frecuentes de aplicación incorrecta o de inseguridad jurídica (problemas estructurales), fraudes, favoritismos, conflictos de intereses, corrupción; y **B) MEJORAR LA CALIDAD NORMATIVA**



ESPAÑA: SISTEMA COMPLEJO DE CONTROL Y SUPERVISIÓN: ARQUITECTURA INSTITUCIONAL: órganos de contratación/juntas consultivas/intervención general (tb municipal: RD 424/2017, de régimen de control interno del sector público local): OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISION DE LA CONTRATACION (art. 332 LCSP) y otras autonómicas (Navarra)/ OCEX y TRIBUNAL DE CUENTAS/ Comisión mixta Senado-Congreso

3. La COMPLEJIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

- % **elevado de Pymes**: contratación menor, distribución por lotes y subcontratación
- **aumento de la inmigración y la diversidad: retos para el ESTADO SOCIAL CONTEMPORÁNEO**: incidencia en la prestación de servicios públicos y servicios sociales
- **aumento de la 3ª y 4ª edad: nuevos servicios sociales (prestaciones semi-públicas): COVID-19: sociedad desigual, excluida y "sola"** (la soledad como problema social y público: Ministerio de la Soledad 2018: Reino Unido, país con mayor índice de sentimiento de soledad entre la población, y BUTAN: Ministerio de la Felicidad): "recursos sentimentales"
- **CLAUSULADO SOCIAL: complejidad del control del cumplimiento de las cláusulas sociales** (ej. de GÉNERO o para la igualdad de mujeres y hombres) **y colisión con la LIBRE COMPETENCIA**

4. La COMPLEJIDAD TECNOLÓGICA: complejidad, desconocimiento e INCERTIDUMBRES ante el avance de las tecnologías emergentes disruptivas

A. Tecnologías emergentes: la Internet de las cosas, la "nube", Big Data, Algoritmos, Inteligencia artificial, informática cuántica, nanotecnologías y cibernética (vs. regulación del cuerpo humano como mero cuerpo biológico: **relevancia para el trato de los cuerpos fallecidos por la covid-19**, las investigaciones médicas, genéticas y productos farmacéuticos, incluidas las vacunas)

Lagunas y vacíos normativos ante la innovación tecnológica : RD-Llei 14/2019, de 31 de octubre, medidas urgentes para la **PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL en la contratación pública: DERECHOS FUNDAMENTALES**

VER: Informe 4/2020 Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (art. 122.2 LCSP): declaración dónde van a estar ubicados los servidores (**garantía UE: ¿y CIBERESPACIO?**) **antes de la formalización del contrato adjudicado**

B. Big Data, algoritmos e inteligencia artificial en el sector de la contratación pública

- RD-Llei 2019: **DATOS PERSONALES CEDIDOS**) (art. 122.2 LCSP: **RESPECTO DE LA NORMATIVA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS**): **POSIBLE AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD (APP COVID-19)**

- **Inteligencia artificial (IA) y contratación pública:** inteligencia artificial o razonamiento artificial: algoritmos predictivos: predicciones basadas en datos (*machine learning*) y redes neuronales artificiales (*deep learning*)
 - para la toma de decisiones en las actividades de control de malas prácticas y corrupción: GESTION DE RIESGOS EN LA CONTRATACION PÚBLICA: sistema SATAN de Valencia (Ley 22/2018, de 6 nov. de Inspección General de Servicios y del sistema de alertas para la prevención de malas prácticas en la Administración de la Generalitat y su sector público instrumental) y en la UE: ARACHNE: gestión de riesgos de fraude en los Fondos FEDER
 - Fase de **preparación de contrato** (elaboración de pliegos, análisis de casuística, control de bajas temerarias), fase de **adjudicación** (comprobación de solvencia, catálogos, comparatives de ofertas) y fase de **ejecución** (**análisis de datos de ejecución: “VALOR”**)
 - **contratos de suministros de recursos de IA: problema de capacitación y de conocimiento** de las administraciones públicas (órganos de contratación):
 - NUEVAS ESTRUCTURAS PUBLICO-PRIVADAS**
 - ¿RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ?**
 - **prestación de servicios públicos personalizados**
 - **Smart Cities**
 - **Objetivos de Desarrollo Sostenible e IA**



ETICA (OdiseIA), EVALUACION/AUDITORIA de IA (SESGOS) Y RESPONSABILIDAD EN: a) la APLICACION DE RECURSOS DE IA EN LA ACTUACION ADMINISTRATIVA Y b) EN LA COMPRA PÚBLICA DE RECURSOS DE IA:

ej: UK: 2019: Guías para adquisición, desarrollo y uso de la IA en el sector público: a) evaluar, planear y gestionar la IA; b) utilizar la IA de forma ética y segura; c) listado de ejemplos de uso de IA: **elaborada por la OFICINA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL (Office for Artificial Intelligence):** nueva estructura institucional

5. ODS: ECONOMIA CIRCULAR Y CAMBIO CLIMÁTICO

- **ODS: OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE: AGENDA ONU 2030 de DESARROLLO SOSTENIBLE:** 17 objetivos y 169 metas propuestas:
 - **Contratación pública social, ambiental y sostenible**
- **ECONOMIA CIRCULAR y CAMBIO CLIMÁTICO (incertidumbre):** sin definición concreta de la “expresión”: Ley catalana 17/2017, de 1 de agosto, de cambio climático: art. 2.d:

“Economía que promueve la eficiencia en el uso de los recursos para alcanzar un alto nivel de sostenibilidad, mediante el ECODISEÑO, la PREVENCIÓN y MINIMIZACIÓN de la generación de RESIDUOS, la REUTILIZACIÓN, la REPARACIÓN, la REMANUFACTURACIÓN y el RECICLAJE de los materiales y productos, frente a la utilización de materias primas vírgenes”



Alcanza a la práctica totalidad de la CONTRATACION PUBLICA ESTRATEGIA: servicios, obras y compra pública (EU: 2019: Estrategia “Pacto Verde Europeo” horizonte 2050- Estrategia Española e Desarrollo Sostenible Agenda 2030-Plan de Contratación Pública Ecológica de la AGE 2018)
Campo abierto a la CERTIFICACION ECircular

7. DERECHOS HUMANOS Y CONTRATACION PÚBLICA:

- **Guía para la protección y promoción de los derechos humanos a través de la contratación pública (Ayuntamiento de Barcelona de noviembre de 2017) y Guía para el respeto de los derechos humanos en los procesos de contratación pública de suministros y servicios de seguridad (privada) del *Observatori de Drets Humanss i Empreses a la Mediterrania (ODHE)***

RESERVAS: reserva como categoría jurídica: protección de determinados bienes jurídicos o prevista para situaciones específicas

- **A. CONTRATOS RESERVADOS o RESERVA DE CONTRATOS:** LCSP: inserción social de personas con discapacidad
- **B. CONTRATOS PÚBLICOS RESERVADOS (EXCLUIDOS DE LA LCSP: art. 5: remisión Ley 24/2011, de 1 de agosto):** en materia de defensa y seguridad pública y en la actualidad para los recursos de **CIBERSEGURIDAD: ¿también excluidos de la LCSP?**

- art. 1 Ley 24/2011:

“(...) 2. A efectos de la regulación contenida en esta Ley se entenderá por **defensa** el conjunto de actividades reguladas en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional.

3. A los mismos efectos se entenderá por **seguridad pública**, el conjunto de actividades no militares de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad pública dirigidas a la protección de las personas y de los bienes y a la preservación y mantenimiento del orden ciudadano dentro del territorio nacional, el conjunto de actividades desarrolladas por las autoridades aduaneras encaminadas a garantizar la seguridad y protección del territorio aduanero de la Unión Europea (...)”.

CIBERSEGURIDAD (ej: contrato de “soporte de ciberseguridad gestionada y de análisis en profundidad de las tareas de protección y seguridad para la gestión, seguimiento y resolución de incidentes de ciberseguridad y ciberterrorismo” - Ministerio del Interior; o la contratación ordinaria de INCIBE-Instituto Nacional de Ciberseguridad): **GESTIONADA POR EL SECTOR PRIVADO POR MEDIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA:** Contrato de suministro y contrato de servicios (consultoría, etc.): la seguridad parece no ser un **SERVICIO PÚBLICO**.

¿Contratos reservados en materia de seguridad en el espacio digital?

- B. CONTRATOS PÚBLICOS DE SUMINISTROS DE RESERVA O **COMPRA PÚBLICA DE RESERVA** (medicamentos, EPIS, etc.): ¿debería existir reservas de bienes materiales?
- C. COMPRA PÚBLICA de VACUNAS (**inexistentes pero probables: expectativa**) por la UNION EUROPEA POR CUENTA DE LOS ESTADOS MIEMBROS: **COMPRA PÚBLICA ANTICIPADA**
- D. CONTRATOS PÚBLICOS DE RESERVA DE CONOCIMIENTO EXPERTO ANTE **RIESGOS E INCERTIDUMBRES**: ¿SON CONTRATOS PÚBLICOS DE INVESTIGACIÓN, DESARROLLO E INNOVACIÓN? **NO EXISTEN RESULTADOS NI SE CONTRATA PARA OBTENERLOS: SOLO “RESERVISTAS”** (expertos: ej. Ciberataque terrorista)



La relevancia creciente de la CONTRATACION PÚBLICA CONFIDENCIAL O RESERVADA PARA LA GESTIÓN DE SITUACIONES DE CRISIS O DE EMERGENCIAS PERO SOLO DE ÁMBITO ESTATAL (EEMM), NO AUTONOMICO : **RESERVAS que tienen relación con la exigencias de transparencia inmediata: ¿excepciones a la transparencia? ¿transparencia dilatada?**

Bibliografía:

- Alejandro HUERGO: *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi, 2020.
- Javier MIRANZO: “Inteligencia artificial y contratación pública”, en libro colectivo (Dir.: I. Martín Delgado y J.A. Moreno Molina): *Administración electrónica, Transparencia y Contratación Pública*, Iustel, 2020.
- Juan José PERNAS: “Compra pública verde y circular: el largo y (lento) camino hacia una amplia aplicación práctica de la contratación estratégica”, *Observatorio de Políticas Públicas 2020*.
- Joaquin TORNOS: “Contratación pública y derechos humanos”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº 24, segundo semestre 2020.
- Dolors CANALS: “Sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública”, *Revista Galega de Administración Pública*, nº 51, 2019.

Muchas gracias !