

XI SEMINARIO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La contratación pública en la “nueva normalidad”

“Transparencia en la emergencia. Desafíos”

Panticosa (Huesca) 16 de septiembre de 2020

Rafael Fernández Acevedo
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Vigo
racevedo@uvigo.es

INTRODUCCIÓN

1. El desconcierto del leviatán (ESTEVE PARDO): incerteza científica vs. ¿certeza del Derecho?
 2. Estado de alarma o “*alarma en el Estado*” (de Derecho) –FERNANDO PABLO-: digitalización, responsabilidad, emergencia, LTGB
 3. Intenso derecho excepcional: necesidad de evaluación de daños al Derecho público
 4. El caso de la transparencia
 5. Es un principio o valor jurídico de las sociedades democráticas, básico contra la corrupción
 6. Objetivos de la transparencia: Mejorar la calidad democrática, fomentar la participación ciudadana en la gestión pública, moderar a AAPP ejercicio de sus funciones y manejo fondos públicos
 7. Límites para proteger otros derechos e intereses legítimos: confidencialidad, datos, abusos
 8. Significado y valor de la transparencia
 - a) Conexión con la igualdad, la concurrencia y la eficiencia
 - b) Conexión con la buena administración y la rendición de cuentas: contratación abierta
 - c) Conexión con la integridad
 - d) Conexión con análisis de datos (IA, big data...): para explicar y para aprender y mejorar
 9. Su modulación en la contratación de emergencia: no tan ligada a la igualdad y la concurrencia y sí, más a la salvaguarda de la legalidad, la buena administración, la integridad, la lucha contra la corrupción y la rendición de cuentas
-

COVID-19 Y CONTRATACIÓN: LAS SOLUCIONES DEL DERECHO EUROPEO

1. Virus complejo, desconocido y de graves consecuencias obliga a utilizar derecho de excepción
2. Orientaciones de la Comisión
 - a) DUE dispone de medios para adaptarse a emergencias graves: flexibilidad para adquirir bienes y servicios (tb. Infraestructuras adicionales), directamente vinculados a la crisis
 - b) La Comisión identifica varias opciones o posibilidades
 - 1) Procedimientos ordinarios: reducción de plazos (anuncio información previa)
 - 2) Urgencia: plazos abreviados
 - 3) Procedimiento negociado sin publicación
 - 4) Adjudicación directa: si es el único capaz de llevar a cabo la prestación dentro de los condicionamientos técnicos y temporales existentes
 - 5) Búsqueda de soluciones alternativas innovadoras
 - 6) Contratación conjunta e iniciativas de contratación conjunta de la Comisión
 - c) PNSP: la adjudicación directa exige el cumplimiento de todos los siguientes requisitos:
 - a. Imprevisibilidad
 - b. Imposibilidad de cumplimiento de los plazos generales y abreviados
 - c. Causalidad entre el suceso imprevisible y la extrema urgencia
 - d. Temporalidad mínima imprescindible

COVID-19 Y CONTRATACIÓN: LAS SOLUCIONES DEL DERECHO ESPAÑOL

1. Art. 120 LCSP vs. art. 16 RDL 7/2020
 2. Art. 120 LCSP, regulación general: cuando deba actuarse de manera inmediata por acontecimientos catastróficos, situaciones de grave peligro o defensa nacional
 - a) Régimen excepcional
 - b) Sin procedimiento
 3. Art. 16 RDL, regulación especial:
 - a) Habilita a actuar de forma inmediata, utilizando el art. 120 LCSP, para cualquier tipo de medida directa o indirecta para hacer frente al COVID-19
 - b) Tramitación de emergencia en todos los contratos para “atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19”
 - c) Dispone un mecanismo especial de pago para cumplir las exigencias de los fabricantes chinos, únicos capaces de fabricar los elementos de defensa frente al virus
 4. ¿Es compatible con el DUE?: interpretación conforme con el DUE y, en particular, con la DCP interpretada por el TJUE: Necesidad de cumplir en cada caso los 4 requisitos acumulativos: imprevisibilidad, imposibilidad de cumplimiento de plazos, causalidad y temporalidad mínima
 5. La tramitación de emergencia exonera de ciertas reglas, pero no de toda la normativa de contratación, en particular, la transparencia
-

COVID-19 Y CONTRATACIÓN: LAS SOLUCIONES DEL DERECHO ESPAÑOL

6. **Ámbito objetivo:** ¿el art. 16 amplía el ámbito de aplicación del 120?
 - a) Gran amplitud, pero no cualquier licitación
 - b) Es una figura excepcional de interpretación restrictiva
 - c) Exige acreditar en cada caso la existencia del presupuesto habilitante mediante una justificación razonada y sólida
 7. **Ámbito subjetivo:**
 - a) Art. 120: todos los poderes adjudicadores, norma básica
 - b) Art. 16: todo el sector público (RDL 9/2020)
 8. **Ámbito temporal:** no está vinculado al estado de alarma, está ligado a la evolución de la pandemia. DF 3ª RDL 9/2020: vigencia ligada al estado de alarma, pero art. 120 LCSP
 9. DA 136ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de PGE para 2018
 - a) Obligación de comunicar el inicio de actuaciones a la Intervención Delegada
 - b) ¿Quién?: la Administración estatal
 - c) Momento: al adoptar el acuerdo de inicio de actuaciones
 - d) Contenido: descripción del objeto de las actuaciones a ejecutar y el importe del gasto por el que se haya efectuado la retención de crédito o se vaya a iniciar el expediente de modificación presupuestaria
-

TRAMITACIÓN DE EMERGENCIA VS. TRANSPARENCIA: OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD

1. Publicidad de los contratos de emergencia
 - a) No hay publicación del anuncio de licitación, pero sí de los actos de adjudicación y formalización de los arts. 151.1 y 154.1 LCSP
 - b) Contenido: art. 154.6 remite sin excepción al Anexo III
 - a. Pero al no existir expediente, no siempre será posible (ej. Número de ofertas)
 - b. JCCP: justificación del procedimiento utilizado, objeto del contrato, precio de adjudicación e identidad del contratista
 - c) Plazo: 15 días (naturales)
 - d) Lugares: Perfil de contratante, boletines oficiales (DOUE, BOE)
 2. Importancia de la publicación: derecho al recurso
 - a) ¿Cabría recurso especial?
 - b) Art. 44.4 vs. Directiva de recursos exige disponer un procedimiento de recurso “efectivo” también en los casos de extrema urgencia (GALLEGO CÓRCOLES)
 3. Falta de publicidad: ¿nulidad o mera anulabilidad?
 4. Art. 8 LTBG: contratos, objeto, duración, importe de adjudicación, identidad del adjudicatario
 5. Informe OIRESCON: publicación de 11.177 contratos de emergencia, pero ¿cuántos no se han publicado?
-

TRAMITACIÓN DE EMERGENCIA VS. TRANSPARENCIA: OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD

6. Pero la mera publicación no equivale a transparencia
 - a) Papel de las nuevas tecnologías para facilitar el entendimiento, la evaluación y el seguimiento de la información (MIRANZO DÍAZ)
 - b) Necesidad de ampliar y mejorar la información: TI, aspectos a mejorar
 - a. Información del contratista. Solo se indica quién es el adjudicatario
 - b. Motivación de la adjudicación: Especificar y justificar su utilidad y necesidad destinada a la protección de personas. En varios contratos, la motivación es muy vaga
 - c. Justificación de la contratación: en varios contratos publicados, la justificación es simplemente el COVID-19. Sin embargo, debería detallarse con mayor claridad
 - d. Justificación de la modalidad de contratación
 - e. Detallar el precio unitario y total de los bienes o servicios contratados
 - f. Cuando el mercado exige el pago total o parcial de modo anticipado a la realización de la prestación, obligación de publicar de modo destacado este tipo de pagos y su justificación, así como los eventuales pagos fallidos que se hayan podido producir
-

TRAMITACIÓN DE EMERGENCIA VS. TRANSPARENCIA: OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD EN LA CONTRATACIÓN VERBAL

1. Art. 37 LCSP permite la contratación verbal de emergencia
 2. Justificación: solo cuando no sea posible realizar el más mínimo trámite previo al inicio de la actividad contratada
 3. ¿Es necesaria la posterior formalización?
 - a) JCCP: no excluye la formalización y su consiguiente publicación; recomienda que en los limitados casos de contratación verbal, se proceda posteriormente a documentar la adjudicación y formalización del contrato
 - b) Art. 153.6 LCSP impide proceder a la ejecución del contrato sin previa formalización excepto en determinados supuestos, entre ellos, el de tramitación de emergencia. Por tanto, se autoriza la ejecución antes de la formalización, pero no autoriza a no formalizarlo con posterioridad
 - c) Art. 36.2 LPA: cuando un órgano administrativo dicta resoluciones de forma verbal, debe autorizar una relación de las que haya dictado con expresión de su contenido. La adjudicación de un contrato, es una resolución
-

TRAMITACIÓN DE EMERGENCIA VS. TRANSPARENCIA: OTRAS OBLIGACIONES DACIÓN DE CUENTA AL CONSEJO DE MINISTROS

1. Art. 120.b) LCSP: plazo máximo 30 días
 2. Justificación: rendición de cuentas; garantía de conocimiento por el más alto órgano de la Administración y órgano político que responde ante el Congreso de los Diputados; control por los diputados
 3. Contenido: razones que justifican la tramitación de emergencia y del cumplimiento pleno de los requisitos y condiciones legalmente establecidas
 4. JCCP: en particular:
 - a) Condiciones esenciales del contrato
 - b) Identidad del adjudicatario
 - c) Concurrencia del supuesto habilitante con descripción del completo conjunto de hechos que lo ha causado y razonando suficientemente por qué se incardinan en la causa legal
 - d) Exposición razonada de la imposibilidad de otros procedimientos menos restrictivos
 - e) Explicación razonada de que lo contratado es lo estrictamente indispensable para prevenir y remediar los daños derivados de la emergencia y de que no se prolongará fuera de tal situación
 - f) Cualesquiera otros aspectos relevantes
-

TRAMITACIÓN DE EMERGENCIA VS. TRANSPARENCIA: OTRAS OBLIGACIONES DACIÓN DE CUENTA AL CONSEJO DE MINISTROS

5. Ámbito subjetivo: AGE y demás entidades públicas estatales
 6. No tiene carácter básico
 7. JCCP: interpreta en sentido estricto. Razones:
 - a) Art. 120 LCSP todo el SP, pero 1.b) solo entidades públicas estatales: pero Libro III, arts. 317 y 318: poderes adjudicadores (las fundaciones lo son)
 - b) Origen de la regulación de emergencia: LCE 1965
 - c) LCSP solo contiene otra referencia a las EPE, art. 230.2, y conforme al art. 229 no incluye ni SME, ni fundaciones: pero art. 319 los excluye del sistema estatal de contratación centralizada
 - d) Resultaría excesivo otra solución
-

TRAMITACIÓN DE EMERGENCIA VS. TRANSPARENCIA

1. El principio de transparencia en la fase de cumplimiento y extinción de los contratos públicos de emergencia: art. 120.1.d) LCSP: se estará a lo dispuesto en la ley para el cumplimiento de los contratos
2. La transparencia no puede ser un problema en la crisis provocada por la pandemia, sino parte imprescindible para la solución
 - a) En el estado de alarma, y más allá, mientras dure la situación de emergencia, no solo no debería suponer una renuncia a la transparencia y, en particular, a la transparencia activa, sino que esta cobra especial relevancia pues es imprescindible en la lucha contra la pandemia
 - b) Llamamiento de TI para que las Administraciones públicas, pero también las empresas, las organizaciones de la sociedad civil y el periodismo de investigación, de *“forma proactiva garanticen que la información pública que se presenta al ciudadano y a los grupos de interés sea accesible, clara, relevante, estructurada, completa, confiable y actual”*
 - c) La mejor defensa contra la pandemia es la información, pero la información de calidad
 - d) La transparencia es ahora, más que nunca, un valor fundamental para generar confianza de la ciudadanía en su gobierno

CONCLUSIONES

1. La crisis provocada por la pandemia requiere intervenciones rápidas y al margen de los procedimientos ordinarios, pero ello no puede justificar una suerte de opacidad, ni definitiva ni transitoria
 2. Las excepciones al principio de transparencia únicamente pueden justificarse por razones objetivas, razonables y proporcionadas, previstas en la Ley e interpretadas restrictivamente
 3. La LCSP permite prescindir de las reglas generales de selección y adjudicación, ante la urgencia de dar soluciones al problema excepcional, pero no la publicidad ni la transparencia, como tampoco lo hace la LTBG
 4. Esta crisis ha evidenciado la necesidad de avanzar en la implantación de la tecnología en la Administración que se ha demostrado altamente deficitaria, que la transparencia es imprescindible para fomentar la confianza en los gobiernos, que colaboración público-privada es necesaria para la producción de artículos indispensables y que la ciudadanía ha de tener un papel activo en la búsqueda y aportación de soluciones
-

MUCHAS GRACIAS POR LA ATENCIÓN

Rafael Fernández Acevedo
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Vigo
racevedo@uvigo.es