

Trabajo Fin de Máster

Los principios de integridad y transparencia en la Ley de Contratos del Sector Público (Ley 9/2017, de 8 de noviembre) como herramienta de prevención de la corrupción en la contratación. Especial referencia a la contratación por tramitación de emergencia por Covid-19

Autora

Emma Marzo Lostalé

Director

Javier Esteban Ríos

Máster Interuniversitario en Derecho de la Administración Pública

FACULTAD DE DERECHO

2020 - 2021

RESUMEN

Es en el ámbito de la contratación pública donde más han proliferado los casos de corrupción política, puesto que, por su impacto económico, con capacidad de movilizar a cerca de quinta parte del Producto Interior Bruto (PIB) de la Unión Europea¹ en la adquisición de bienes, obras y servicios, se dan más “tentaciones” de corrupción. En España, la contratación pública supone un porcentaje del PIB de un 9,6%, representando un 23,4% de su gasto público².

Ante esta situación, la Unión Europea, en 2014, adoptó una nueva generación de directivas, la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública; la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Ello obligó a reformar en profundidad la normativa española en materia de contratación pública, que incluyó entre sus objetivos principales lograr una mayor transparencia e integridad en dicha contratación pública.

De hecho, para trasponer esta nueva regulación europea, en 2017 se aprobó la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público incorporando nuevas estipulaciones en materia de transparencia y publicidad como herramientas para favorecer la concurrencia en las licitaciones y prevenir la corrupción en la contratación pública.

En este contexto, en particular, puede ponerse el foco en la tramitación de emergencia, en cuya ejecución no se cumple con los principios vertebradores de la contratación pública, es decir, con los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, al recurrirse a la adjudicación directa de los contratos, sin concurrencia de licitadores, pero también es cierto que determinadas circunstancias necesitan de una actuación inmediata y urgente por parte de las Administraciones Públicas.

En relación con la referida tramitación de emergencia, el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud calificó como pandemia, dada la gravedad alcanzada, el brote epidémico provocado por el Covid-19. Ante la situación de crisis sanitaria en

¹ Estimación de la Unión Europea, que incluyendo el gasto de las empresas de servicios públicos supone unos 2.3 billones de euros: [european-semester_thematic-factsheet_public-procurement_es.docx](https://ec.europa.eu/economy_finance/semesters/2019/1903/european-semester_thematic-factsheet_public-procurement_es.docx) (europa.eu)

² Informe de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación de, 18 de diciembre de 2019: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision/ias-2019.pdf>

nuestro país, el Gobierno declaró el estado de alarma por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, complementándose dicha declaración, posteriormente, con una serie de medidas, entre las que destaca el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del Covid-19 en el que se establece la aplicación generalizada de la tramitación de emergencia recogida en el artículo 120 de la LCSP, amparada por la necesidad de actuar de manera inmediata para hacer frente al Covid-19.

Si bien es cierto que la situación de crisis sanitaria necesita de una actuación inmediata por parte de los diferentes gobiernos, también es necesario esclarecer las situaciones en las que la utilización de este tipo de procedimientos ha conllevado un mal uso que limite indebidamente la concurrencia en las licitaciones y facilite la corrupción en la contratación pública.

ÍNDICE

1. Introducción.....	página 6
2. Los principios de integridad y transparencia como herramientas de prevención de la corrupción en la contratación pública	
2.1. La integridad de los contratos públicos.....	página 11
2.2. El Principio de Transparencia como principio vertebrador.....	página 19
3. La tramitación de emergencia en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.....	página 27
4. Tramitación de emergencia ante la crisis sanitaria provocada por el Covid-19	página 33
5. El posible abuso de la tramitación de emergencia durante la crisis sanitaria del Covid-19 en la contratación pública.....	página 38
6. Conclusiones.....	página 47
Bibliografía.....	página 53

ABREVIATURAS

ACCO: Autoridad Catalana de la Competencia

AGE: Administración General del Estado

CE: Constitución Española

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea

GCB: Global Corruption Barometer - Barómetro Global de la Corrupción

LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

LTBG: Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

OIREscon: Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación

PIB: Producto Interior Bruto

PLACSP: Plataforma de Contratación del Sector Público.

TREBEP: Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público

UE: Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de la contratación pública, es innegable la importancia de la lucha contra la corrupción. Quizás sea en este sector donde más han proliferado los casos de corrupción política, puesto que, por su impacto económico, con capacidad de movilizar cerca de quinta parte del Producto Interior Bruto³ (PIB) de la Unión Europea en la adquisición de bienes, obras y servicios, se dan más “tentaciones” de corrupción. De hecho, en España, la contratación pública supone un porcentaje del PIB de un 9,6%, representando un 23,4% de su gasto público⁴.

Habida cuenta de esta realidad, y ante los numerosos y sumamente escandalosos casos de corrupción, diversos organismos han puesto el foco sobre los riesgos de una mala gestión de los procedimientos de contratación. Así, por ejemplo, con fecha 10 de junio de 2017, el Consejo emitió la Decisión (UE) 2017/984, en la que señalaba que: *“La falta de un organismo independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento de la legislación en materia de contratación pública en todo el país obstaculiza la aplicación correcta de las normas de contratación pública y puede generar oportunidades para cometer irregularidades, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española”*

En la misma línea, la Organización Transparencia Internacional señala, en sus documentos de propuestas, las consecuencias de la corrupción en esta área: *“la corrupción en la contratación pública es reconocida actualmente como el factor principal de desperdicio e ineficiencia en el manejo de los recursos en la región. Se estima que, en promedio, el 10% del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno. Frente a esta problemática, el combate de la corrupción en la contratación pública se vuelve una condición básica para propiciar la adecuada satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, así como para promover la ética pública y la responsabilidad empresarial”*⁵

³ Estimación de la Unión Europea, que incluyendo el gasto de las empresas de servicios públicos supone unos 2.3 billones de EUR. Fichas Temáticas del Semestre Europeo – Contratación Pública: [european-semester thematic-factsheet public-procurement es.docx \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/economy_finance/semester_thematic-factsheet_public-procurement_es.docx)

⁴ Informe de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, de 18 de diciembre de 2019.

⁵ Transparencia Internacional (2015). Medidas de transparencia y prevención de la corrupción en Subvenciones, Licitaciones y Contratos públicos,: https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2018/01/propuestas_electorales_60_medidas.pdf

En el marco de estas reflexiones, en nuestro país, uno de los principales objetivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), contenido en su Preámbulo, es *“lograr una mayor transparencia en la contratación pública”*, constituyendo tanto el principio de transparencia, como el de publicidad y el de integridad, elementos fundamentales para la garantía de la máxima concurrencia de licitadores y de igualdad de trato entre los presentados, lo que conlleva una mejora en la eficacia y la eficiencia en la adjudicación.

No obstante, estos principios vertebradores pueden verse limitados en ciertas situaciones. En sede de estas excepciones aparece la tramitación de emergencia que, tal y como regula el artículo 120 de la LCSP, debe limitarse exclusivamente para *“actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional”*, lo que justificaría la ausencia de los trámites formales y ordinarios que exige cualquier expediente de contratación, entre ellos la publicidad y la concurrencia de licitadores. Por esa razón, este tipo de tramitación debe limitarse a lo estrictamente necesario para solucionar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, cesando cuando estas circunstancias hayan desaparecido, y sin que quepa su extensión a otras prestaciones, tal y como señala el apartado 2 del artículo 120 LCSP al afirmar que *“las restantes prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria regulada en esta Ley”*.

Esta singular tramitación de emergencia ha sido objeto de especial auge en los últimos tiempos. Así, ante la situación de crisis sanitaria a la que se enfrentaba nuestro país, dada la gravedad alcanzada por el brote epidémico provocado por el Covid-19, el Gobierno se vio en la necesidad de declarar el estado de alarma (por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, para gestionar la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19) con el objeto de proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública. Además, ante la necesidad de atender el incremento de las necesidades y gastos sanitarios que debían asumir las Comunidades Autónomas, a través del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan

medidas urgentes para responder al impacto económico del Covid-19⁶, se establecieron una serie de medidas para la más eficaz gestión de las Administraciones Públicas, destacando entre ellas una generalizada justificación de la aplicación de la tramitación de emergencia establecida en el artículo 120 de la LCSP, amparada por la necesidad de actuar de manera inmediata para hacer frente al Covid-19.

En un principio, esta norma se circunscribía únicamente al ámbito estatal, pero posteriormente, a través del Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del Covid-19⁷, dicha medida se amplió a todo el sector público.

Con posterioridad, se ha venido observando como ciertas actuaciones amparadas en dichas previsiones se revelaron, en cierto modo, abusivas, lo que ha llevado a modular su aplicación. En este sentido, por ejemplo, con el objeto de prevenir situaciones de abuso en la utilización de la tramitación de emergencia la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, emitió una nota informativa⁸ aclarando las condiciones necesarias para poder utilizar la tramitación de emergencia y la forma en que la misma debería de vehicularse.

En el contexto referido, y a través de este trabajo intento dar respuesta a una hipótesis de investigación que se refiere a la existencia de: *“un posible abuso en el uso de la tramitación de emergencia por Covid-19 en la contratación pública española”*.

Para poder comprobar esta hipótesis se estudian los siguientes puntos:

- Principios de integridad y transparencia como herramientas de prevención de la corrupción en la contratación pública.
- La tramitación de emergencia en la Ley 9/2017.
- La regulación de la tramitación de emergencia ante la crisis sanitaria provocada por la Covid-19.

⁶ Artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del Covid-19.

⁷ Disposición final segunda del Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del Covid-19.

⁸Nota Informativa emitida por la Junta de Contratación Pública del Estado sobre la tramitación de emergencia:<https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/Notas/NOTA%20EMERGENCIA%20COVID-19%20F.pdf>

- El posible abuso de la tramitación de emergencia durante la crisis sanitaria del Covid-19.

En seguimiento de dichas directrices, y por lo que se refiere a la estructura del trabajo, en el primer capítulo estudiaremos las herramientas disponibles para la prevención de la corrupción en materia de contratación pública. Para ello comprobaremos que tanto la transparencia, como la publicidad son principios que afectan a todas las fases del contrato: preparación, licitación, adjudicación, ejecución y extinción, jugando un importante papel en garantizar la concurrencia de los licitadores.

A partir del segundo capítulo centraremos el estudio en la regulación que hace la LCSP de la tramitación de emergencia y en su particular aplicación, a través del Real Decreto-ley 7/2020, a la especial situación de emergencia sanitaria provocada por el Covid-19, prestando singular atención a la evaluación realizada por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIREscon) con respecto a gestión de los contratos tramitados por vía de emergencia derivados de la situación provocada por el Covid-19”.

Por último, finalizaremos el trabajo con un último capítulo dedicado a las conclusiones obtenidas con respecto a la hipótesis previamente planteada.

2. LOS PRINCIPIOS DE INTEGRIDAD Y TRANSPARENCIA COMO HERRAMIENTAS DE PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Según los distintos estudios sociológicos publicados por el Centro de Investigaciones Sociológicas, la corrupción, aparece de manera recurrente entre las principales preocupaciones de los españoles. Sobre este particular, cabe destacar que, en el último estudio sobre los indicadores de los principales problemas que existen actualmente en España, la corrupción ocupaba el cuarto puesto, tras la situación económica, la crisis del coronavirus y el paro⁹.

En la misma línea, el Índice de Percepción de la Corrupción 2020 (IPC-2020)¹⁰, publicado por Transparencia Internacional en enero de 2021, señalaba que, aunque España mantenía la puntuación obtenida en 2019, cuando subió de 58/100 puntos (obtenidos en el IPC 2018) a 62/100, empeoraba en dos escalones su posición en el ranking mundial (32/180), señalando, además, que *“España solo podrá mejorar su puntuación y posición en los sucesivos índices de percepción si se implementan procedimientos y controles adecuados de rendición de cuentas, además de contar con las reformas institucionales necesarias para reducir, de manera significativa, el grado de corrupción en el sector público”*.

Igualmente, el Barómetro Global de la Corrupción¹¹ (GCB - Global Corruption Barometer) de la Unión Europea publicado por Transparencia Internacional, en su estudio sobre los vínculos entre las empresas y la política, destaca que el 64% de los ciudadanos encuestados en España considera que el gobierno está influenciado por los intereses privados. Entre las conclusiones de dicho estudio enfatiza que cerca de un tercio de las personas encuestadas considera que la corrupción está empeorando en su país, al igual que cerca de la mitad opinan que su gobierno está haciendo un mal trabajo en la lucha contra la corrupción. Por otra parte, destaca el estudio que solo el 21% de las personas

⁹ Centro de Investigaciones Sociológicas (2020). Indicadores de Barómetros - Percepción de los principales problemas de España: http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html

¹⁰ Transparencia Internacional (2020). Índice de Percepción de la Corrupción 2020: <https://transparencia.org.es/ipc2020/>

¹¹ Transparencia Internacional (2020). Barómetro Global de la Corrupción: <https://transparencia.org.es/barometro-global-anticorrupcion-edicion-union-europea-2020/>

encuestadas piensa que los funcionarios corruptos se enfrentan a consecuencias adecuadas para las conductas llevadas a cabo.

En España, gran parte de los numerosos casos de corrupción pública están relacionados con la contratación pública, tal y como señala JAREÑO LEAL, al afirmar que, “*las mayores cifras delictivas relacionadas con la corrupción pública se producen en relación con la contratación pública*”, destacando, además, que “*la modalidad de “contratación directa” es una de las fuentes más frecuentes de contratación irregular delictiva*”¹². Los principales efectos de esta corrupción en la contratación pública son la ineficiencia en la gestión de fondos públicos, la pérdida de competencia entre empresas, así como problemas reputacionales para la «marca España» que retraen inversiones y apoyos financieros, como destaca GIMENO FELIU¹³.

Como consecuencia de esta situación, para complementar los esfuerzos previamente existentes, con la LCSP, se introdujeron diferentes medidas con el objetivo de prevenir la corrupción en la contratación pública y de evitar los conflictos de intereses. Dichas medidas, en particular, inciden sobre la necesidad de fomentar la transparencia y de mantener mayores niveles de integridad en sede de los órganos de contratación y de los operadores económicos.

2.1 La integridad de los contratos públicos

La promulgación de la cuarta generación de directivas en febrero de 2014¹⁴, obligó a reformar en profundidad la normativa española en materia de contratación pública, provocando como señala AYMERIC CANO “*un impacto positivo en la integridad de la contratación pública en el Estado español al clarificar el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa contractual pública, ordenar los procedimientos de preparación y adjudicación de los contratos públicos (estableciendo una separación nítida entre los criterios de exclusión y selección de los candidatos, los de adjudicación del contrato y las condiciones de ejecución del mismo), incrementar la publicidad y la transparencia en*

¹² JAREÑO LEAL, Ángeles (2017). “Conductas delictivas en materia de Contratación Pública”. *Revista internacional de transparencia e integridad*, Número 5 (septiembre-diciembre 2017), págs. 1-6, p.1.

GIMENO FELIU, José María (2017). “Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*. Nueva Época N° 7, mayo 2017, págs. 45-67, p.46.

¹⁴ La Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública; la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

la contratación, extender la aplicación de los principios de igualdad, no discriminación y publicidad a la fase de ejecución y a los contratos excluidos, por razón de su objeto o de su cuantía, del ámbito de aplicación de las Directivas y, en fin, al establecer vías rápidas y eficaces de recurso”¹⁵.

Este beneficioso impacto lo hace notar ya en su primer artículo la LCSP cuando señala entre sus objetivos fundamentales el fomento del principio de integridad, al afirmarse que *“la presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”*. El legislador español, de este modo, reitera un mandato internacional pues, tal y como señala GIMENO FELIU¹⁶, la integridad forma parte del derecho a una buena administración recogido en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como en el artículo primero de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹⁷ que recoge entre las finalidades de dicha Convención la de, *“promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos”*.

De igual manera, la LCSP viene a ratificar la importancia que, desde la Unión Europea, se le ha dado a la integridad en la contratación pública, trasponiendo al ordenamiento interno diversas disposiciones en la materia que pretenden brindar las herramientas necesarias para poder garantizar el desarrollo de la contratación pública evitando los conflictos de intereses y la corrupción.

¹⁵ AYMERICH CANO, Carlos (2015). “Corrupción y Contratación Pública: análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y concesiones públicas”. *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 45-46, 2015, págs. 209-239, p. 212.

¹⁶ GIMENO FELIU, José María (2016). “Una primera valoración del proyecto de Ley de Contratos Sector Público desde la perspectiva de la integridad y prevención de la corrupción”. *Revista internacional de transparencia e integridad*, Número 2 (septiembre-diciembre 2016), págs. 1- 5, p. 1.

¹⁷ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ratificada por España el 9 de junio de 2006 y publicada en el BOE de fecha 19 de junio de 2006.

Habida cuenta de la relevancia atribuida a la integridad, restaría obtener una definición de esta vidriosa noción, susceptible de contar con múltiples significados. A tal fin, puede estarse a la definición brindada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) que en su Recomendación sobre integridad pública dispone que: *“la integridad pública se refiere a la alineación consistente con, y el cumplimiento de, los valores, principios y normas éticos compartidos, para mantener y dar prioridad a los intereses públicos, por encima de los intereses privados, en el sector público”*¹⁸.

Conocida su definición, la satisfacción de las obligaciones de integridad se hace descansar en la promoción de diversos pilares, cuyo cumplimiento permite alcanzar una contratación pública íntegra. Dichos pilares son, al menos, cuatro: la transparencia, la gestión eficaz de los fondos públicos, la prevención de la corrupción y la rendición de cuentas.

Todos los anteriores pilares cuentan con una gran relevancia individual y se refuerzan entre sí, sirviendo la promoción de uno de ellos para apuntalar al resto. Sin embargo, parece que la transparencia se configuraría como la principal herramienta de consecución del principio de integridad en la contratación pública pues, como señala GIMENO FELIU: *“sin transparencia existe el riesgo de la corrupción, que es la más grave patología en un estado de derecho y que supone negar el derecho a una buena administración. Por el contrario, una gestión transparente de los contratos públicos, como política horizontal, permite explicar a la ciudadanía la gestión de los recursos públicos y, bien practicada, se convierte en la principal herramienta para una gestión íntegra y profesionalizada”*¹⁹.

Sin perjuicio de esta preponderancia de la transparencia –sobre la que se volverá en un momento posterior, son diversas las medidas que puedan adoptarse para avanzar hacia mayores niveles de integridad en la contratación pública, partiendo de distintos enfoques.

Así, por ejemplo, debería configurarse un Código Ético específico que establezca normas de actuación profesional, así como principios de buena gestión, que orienten la actuación

¹⁸ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2017). Recomendación sobre integridad pública: <https://www.oecd.org/gov/ethics/recommendation-public-integrity/>

¹⁹ Ponencia de José María GIMENO FELIU, bajo título “Integridad y Transparencia. El modelo de la contratación pública” en el Seminario “Debates sobre Gobierno abierto: transparencia y participación ciudadana como pilares de calidad democrática”. Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Facultad de Empresa y Gestión Pública, Huesca, 23 al 25 de septiembre de 2015.

de los profesionales que se encuentran al frente de los procesos de contratación. Actualmente, la normativa vigente contiene escasas referencias sobre este particular, entre las que destaca el artículo 52 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TREBEP), donde se contemplan los deberes de los empleados públicos, estableciendo la obligación de *“desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos”*.

Por otra parte, el muy relevante papel desempeñado por los empleados públicos en los procesos de contratación exigiría mejorar sus conocimientos y capacidades en la materia, como vía para mejorar el control y asegurar el recto cumplimiento de la normativa. En este sentido, cobra un interés especial la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública, “Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública”, por la que insta a los Estados miembros para el desarrollo y aplicación de políticas de profesionalización que promuevan la integridad, a nivel individual e institucional, proporcionando herramientas para garantizar el cumplimiento, la transparencia y la orientación en la prevención de irregularidades²⁰.

De igual modo, esta profesionalización ha de acompañarse de un reforzamiento ético de los empleados públicos, garantes de la integridad en el procedimiento. Y es que, según señala el Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional²¹, el soborno predomina como una de las principales causas de corrupción en la contratación pública, señalando que el 57% de los casos investigados por el delito de cohecho internacional, corresponden a sobornos para obtener contratos de adquisición en el sector público, determinando, el

²⁰ Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública. Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública.

²¹ OECD (2015). Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional: Análisis del delito de cohecho de servidores públicos extranjeros, *OECD Publishing*, Paris.

citado informe en la necesidad de alcanzar mayor integridad en la contratación pública. Para su consecución propone, entre otras propuestas, dos medidas a adoptar, el incremento en la concienciación de los funcionarios encargados de la contratación pública y la inhabilitación para participar en la contratación pública a quienes hayan sido sancionados por haber cometido cohecho. Por lo que se refiere a la primera de las orientaciones, la propia LCSP recoge en su artículo 334, entre los aspectos a abordar por la Estrategia Nacional de Contratación Pública, tanto la elaboración de manuales de buenas prácticas, como la profesionalización en contratación pública del personal²².

Por otro lado, en la senda de favorecer la integridad, el artículo 64 de la LCSP, adoptando las bases sentadas por la Directiva 2014/24²³, impone a los órganos de contratación la obligación de adoptar las medidas *“adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores”*. Dicho precepto refuerza el papel de control de los órganos de contratación, como estructuras descentralizadas que pueden tener un mejor acceso al conocimiento de la problemática existente en las áreas que tienen asignadas. En el marco de esta obligación genérica de proteger la integridad, cobraría especial relevancia el establecimiento de canales específicos a través de los que aquellas personas o entidades conocedoras de problemas de integridad puedan denunciar este tipo de situaciones.

En este sentido, el estudio *“Estimating the Economic Benefits of Whistleblower Protection in Public Procurement”* elaborado por la Comisión Europea en el año 2017, refleja que la protección de los denunciantes puede fomentar la denuncia de prácticas corruptas, lo que se traduciría en un menor uso indebido de los fondos públicos²⁴.

²² LCSP Artículo 334. Estrategia Nacional de Contratación Pública: *“(…) d) La elaboración de manuales de buenas prácticas o guías que establezcan recomendaciones para aplicar en los procedimientos de contratación, que permitan preventivamente evitar la posible realización de malas prácticas en los mismos. e) Promover la profesionalización en contratación pública mediante actuaciones de formación del personal del sector público, especialmente en aquellas entidades que carecen de personal especializado, mediante el diseño de un plan específico en materia de formación en contratación pública y otras actuaciones complementarias de promoción de la profesionalización en la contratación pública”*.

²³ Artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE.

²⁴ ²⁴ Dirección General de Mercado Interior, Industria, Emprendimiento y PYME (Comisión Europea), (2017). *“Estimating the economic benefits of whistleblower protection in public procurement”*:

Además, se ha observado como el beneficio obtenido a través de los hallazgos de irregularidades detectadas supera, considerablemente, el coste de la implementación de los canales de denuncias.

En similares términos, a partir de la evidencia contenida en el estudio precitado, la Comisión Europea en su Comunicado “Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa”²⁵, recomendaba que, con el objeto de mejorar la transparencia de la contratación pública y el ahorro de dinero público, se han de establecer mecanismos de notificación eficaces y protección para los denunciadores contra represalias como medida eficaz para alcanzar una mayor integridad y eficiencia.

Posteriormente, la recomendación de la Comisión se convertiría en un deber jurídico, pues la Directiva (UE) 2019/1937²⁶ relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, exige el establecimiento de mecanismos de denuncias y garantiza la protección efectiva de los denunciadores cuando informen, entre otras, sobre infracciones en materia de contratación pública, siendo aplicable a los denunciadores que trabajen tanto en el sector privado, como público y hayan obtenido información en un contexto laboral. Por lo que se refiere a nuestro país, conviene señalar que el Estado español no ha incorporado todavía a su legislación la transposición de la citada Directiva 2019/1937, existiendo actualmente actuaciones legislativas previas que habrían de culminar con anterioridad a la fecha límite del 17 de diciembre de 2021.

Como otra herramienta de protección de la integridad, y en conexión con las recomendaciones señaladas por la OCDE en su informe sobre el Cohecho Internacional, la LCSP en su artículo 71 incorpora a la regulación de las prohibiciones de contratar el supuesto de haber sido condenado o sancionado por causas vinculadas a la corrupción²⁷, limitando así la participación en el proceso de contratación de sujetos que pudieran resultar reincidentes. Destacar en este sentido, que la LCSP incluye, además, la posibilidad de que los licitadores adopten medidas de “self-cleaning” o redención, para

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8d5955bd-9378-11e7-b92d-01aa75ed71a1/language-en>

²⁵ Comunicación COM (2017), de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0572&from=DE>

²⁶ Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

²⁷ LCSP Artículo 71.1, letras a) y b).

evitar que se aplique esta limitación, incentivando de este modo la promoción voluntaria de la integridad por parte de los empresarios²⁸.

Por otra parte, como herramienta especialmente novedosa en sede de promoción de la integridad, en los últimos años, desde la organización Transparencia Internacional se está impulsando una iniciativa de gestión pública para mejorar la transparencia y la participación y prevenir la corrupción en la contratación pública, denominada Pacto de Integridad. Estos Pactos de Integridad, tal y como los define GARCÍA ACEVES, constituyen *“un mecanismo mediante el cual una entidad o un grupo de entidades públicas colabora con la sociedad civil para garantizar que las autoridades y los licitantes actúen dentro de los límites establecidos por la ley, atiendan los riesgos de corrupción y promuevan la confianza pública en relación con un proyecto de contratación concreto. A través de un acuerdo público, las partes involucradas se comprometen a no incurrir en conductas corruptas y a fomentar la transparencia y la rendición de cuentas durante el proceso. Con este fin, se incorpora en el acuerdo un mecanismo independiente liderado por la sociedad civil para vigilar su cumplimiento”*²⁹.

A nivel europeo, desde 2015, la Dirección General de Política Regional y Urbana de la Comisión Europea, junto con Transparencia Internacional, a través del proyecto "Pactos de integridad - Mecanismo de control civil para salvaguardar los fondos de la UE" promueven su utilización con el objetivo de *“incrementar la transparencia, la rendición de cuentas y la buena gobernanza en la contratación pública; aumentar la confianza en las autoridades públicas y contribuir a su mejor reputación; mejorar la competencia, promover la rentabilidad y el ahorro a través de mejores adquisiciones”*³⁰.

Para la consecución de estos objetivos, señala MIRANZO DÍAZ, los Pactos de Integridad se apoyan, fundamentalmente sobre varias herramientas: mayor transparencia/publicidad, normas de comportamiento ético más rígidas, sistemas de sanción asociados a su

²⁸ Y ello, de acuerdo con el artículo 72.5 LCSP.

²⁹ GARCÍA ACEVES, Rafael (2021). “Protegiendo inversiones de la Unión Europea con Pactos de integridad. Guía para tomadores de decisiones sobre el monitoreo de contrataciones públicas”. En Transparencia Internacional, págs.1-20, p. 5: <http://integridad.org.es/pactos-de-integridad/>

³⁰ Proyecto “Pactos de integridad – Mecanismo de control civil para salvaguardar los fondos de la UE” (2021 -2027). https://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/how/improving-investment/integrity-pacts/

incumplimiento y un control adicional de la sociedad civil a cargo de expertos independientes³¹.

Sin embargo, el recurso a dichas metas puede contar con ciertos límites. Por ejemplo, con respecto a la exigencia de mayor transparencia, hay que tener en cuenta, en su implementación, tanto el cumplimiento del Derecho de la competencia de la UE, como el respeto de los derechos a la intimidad y a la vida familiar. Mayores complicaciones se pueden plantear a la hora de establecer sanciones, puesto que, en la normativa española, en aplicación del principio de legalidad, para la aplicación de un sistema sancionador, se requiere una norma específica que lo tipifique. En la normativa de contratos públicos, si bien es cierto que se prevé el establecimiento de penalidades por incumplimiento de las cláusulas del contrato, parece que ello no garantizaría un marco de represión suficiente para los Pactos de Integridad. Como alternativa, para aquellas obligaciones recogidas en el correspondiente Pacto de Integridad, cuyo incumplimiento pueda generar sanciones no recogidas por Ley, los castigos deberán ser incluidas, de manera específica, en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares como condición esencial de ejecución del contrato.

Cabe destacar que lo verdaderamente novedoso de este instrumento es la inclusión de un control externo representado, principalmente, por integrantes de la sociedad civil. En un principio, la inclusión de este elemento contribuye a la identificación de los riesgos de incumplimiento de los principios vertebradores de la contratación pública, como son los principios de igualdad, integridad o buena administración. Sin embargo, hay que tener especial cuidado con el carácter que se atribuye a los informes que emitan estos sujetos, puesto que podría suponer otorgarles un poder excesivo de limitación del procedimiento de contratación. Es por ello que, quizás, una posible solución no excesivamente distorsionadora sea otorgarles legitimación en la presentación de los correspondientes recursos ante posibles incumplimientos del Pacto de Integridad.

En cualquier caso, y pese a que este instrumento se revela como una herramienta especialmente eficaz para promover la mayor integridad en la contratación pública, lo cierto es que, en España, en la actualidad, tal y como señala Transparencia Internacional España, solo tres Administraciones públicas se han comprometido de forma decidida con

³¹ MIRANZO DÍAZ, Javier (2019) “Los nuevos agentes de control en los procedimientos de compra pública: pactos de integridad y canales de denuncia”. GIMENO FELIÚ, J.M. *Observatorio de los Contratos Públicos 2018*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, págs.329-358.

este proyecto de Pactos de Integridad como son la Generalitat Valenciana, la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha y el Ayuntamiento de Madrid³².

2.2 El principio de transparencia como principio vertebrador

Como se apuntaba anteriormente, entre los factores que permiten alcanzar niveles adecuados de integridad en la contratación pública, la transparencia tiene un lugar destacado. Ello ha supuesto que esta transparencia haya sido objeto de una especial atención por parte del ordenamiento, al entender que la misma es básica para minimizar los riesgos de corrupción, tanto en el plano contractual como fuera del mismo.

En este sentido, puede recordarse lo señalado en el Preámbulo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG) donde se dispone que: *“la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos”*. De igual manera, la directa relación entre transparencia y corrupción se pone de manifiesto por GÓMEZ GUZMAN³³, quien afirma que *“transparencia y corrupción circulan en proporción inversa, es decir a mayor transparencia menor percepción y posibilidades efectivas para la corrupción”*.

Por lo que se refiere a una posible definición del principio de transparencia, el mismo es un principio de actuación de la Administración, que implica la obligación de poner en conocimiento de los ciudadanos toda la información referente a su actividad. Este principio, tiene dos vertientes, la transparencia activa que obliga a organismos y Administraciones públicas a difundir cierta información de carácter público de forma

³² En abril de 2017, el Ayuntamiento de Madrid fue la primera institución en España que pone en práctica un Pacto de Integridad. Por su parte, desde febrero de 2018, la Generalitat Valenciana es la primera institución autonómica que pone en práctica un Pacto de Integridad, también llamado Auditoría Ciudadana. Por otra parte, La Junta de Comunidades de Castilla La Mancha es la primera institución pública que pone en práctica dos Pactos de Integridad al mismo tiempo. Para más información puede accederse a: <http://integridad.org.es/pactos-de-integridad/>

³³ GÓMEZ GUZMÁN, Juan Carlos (2015). “Transparencia en las compras públicas. Sobrecostes de los contratos”. *Revista española de la transparencia*, Nº. 0 (Primer semestre 2015), págs. 51-64, p.52.

veraz, actualizada, objetiva, comprensible y gratuita, en sus webs o sedes electrónicas, y la transparencia pasiva, que se fundamenta en el derecho de los ciudadanos a solicitar a dichas entidades la información pública que consideren de su interés.

Dada su relevancia, este principio de transparencia ha sido promovido desde instancias europeas, habida cuenta de la referencia al mismo contenida en el artículo 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, determina el principio de transparencia denominándolo como principio de apertura, donde se afirma que *“a fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura”*.

En esta labor de promoción, ha sido fundamental el papel desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quien, en diversas sentencias, según señala CERRILLO I MARTÍNEZ, ha venido exigiendo progresivamente una mayor transparencia en la contratación pública, *“contribuyendo a la igualdad entre los licitadores, promoviendo la concurrencia y favoreciendo la integridad en la contratación pública. La transparencia en la contratación pública facilita que los contratos se adjudiquen a la mejor oferta y que se obtengan los resultados esperados”*³⁴.

Así, entre la jurisprudencia de la Unión dedicada a la transparencia en la contratación pública puede destacarse la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, asunto *Succhi di Frutta*, donde se señala que la transparencia *“implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata”*.

Del mismo modo, la Sentencia de 7 de diciembre de 2000, relativa al asunto *Teleaustria*, destaca que *“la obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora*

³⁴ CERRILLO I MARTÍNEZ (2018). “Contratación electrónica y transparencia: fundamentos necesarios de la contratación abierta”. *Cuadernos de Derecho Local* nº 48. Fundación Democracia y Gobierno Local, octubre de 2018, págs. 121-149, p.129.

consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación". En similares términos, la Sentencia de 12 de marzo de 2008, sobre el asunto Evropaïki Dynamiki, señala que el principio de transparencia *"tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora"*.

La senda marcada por esta jurisprudencia ha tenido una clara continuidad en la aprobación de normas de la Unión. Así, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, señala en su considerando primero que: *"la adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia"*.

Esta directriz general tiene su posterior traslación en distintos preceptos y reglas contenidos en dicho texto normativo. De igual manera, siguiendo la misma línea, la Directiva 2014/23/CE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, a lo largo de su articulado hace numerosas referencias al referido principio de transparencia.

Por su parte, en cuanto a nuestro ordenamiento jurídico, transponiendo al derecho interno español tanto la Directiva 2014/24/UE la Directiva 2014/23/CE, el mismo recoge en su articulado diferentes instrumentos comunes aplicables a todos los procedimientos que facilitan el cumplimiento del principio de transparencia. Y ello porque el legislador español ha sido consciente de que se trata de un principio básico de actuación en la contratación administrativa, dado que garantiza la libre competencia y la concurrencia de licitadores y, por tanto, sirve para prevenir la corrupción, reduciendo la arbitrariedad y la discrecionalidad, en aras a seleccionar la mejor oferta, respondiendo a la necesidad de eficiencia en el gasto público.

Entre esos instrumentos destaca la nueva ordenación del perfil de contratante, más completa, y que le otorga un papel primordial como instrumento de publicidad de los distintos actos y fases de la tramitación de los contratos, como garantía de la transparencia y del acceso público a los contratos facilitando, por tanto, la concurrencia de los

licitadores, tal y como señala el artículo 63 de la LCSP al afirmar que *“los órganos de contratación difundirán exclusivamente a través de Internet su perfil de contratante, como elemento que agrupa la información y documentos relativos a su actividad contractual al objeto de asegurar la transparencia y el acceso público a los mismos”*. Igualmente, cumple esa misma función, el Registro de Contratos del Sector Público (artículos 346 y siguientes LCSP), en el que se inscribirán todos los contratos adjudicados por las entidades del sector público, siendo obligatoria la comunicación de los datos relativos a todos los contratos celebrados por importe igual o superior a cinco mil euros. Dicho Registro se constituye, así, como el sistema oficial central de información sobre la contratación pública en España.

En la misma línea, entre las medidas que fomentan la contratación electrónica, podemos encontrar como elemento clave, la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP), cuyo objeto es, de conformidad con el artículo 347 LCSP, permitir *“la difusión a través de Internet de sus perfiles de contratante, así como prestar otros servicios complementarios asociados al tratamiento informático de estos datos”*. Dicha Plataforma, y los eventuales homólogos autonómicos, actúan como punto de intercambio de información de contratación a través de internet entre el sector público y los operadores económicos, permitiendo un acceso centralizado y uniforme a la información sobre las licitaciones. En este sentido, el recurso a medios electrónicos de difusión de información se revela como fundamental para favorecer la eficiencia en la contratación ya que, tal y como señala la Directiva 2014/24/UE, en su considerando 52, *“los medios electrónicos deben convertirse en el método estándar de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de contratación, ya que hacen aumentar considerablemente las posibilidades de los operadores económicos de participar en dichos procedimientos en todo el mercado interior”*.

Del mismo modo, y afectando al procedimiento de contratación, se puede constatar como la LCSP va regulando determinadas actuaciones procedimentales dirigidas a asegurar el correcto cumplimiento del principio de transparencia como elemento vertebrador de la contratación pública. Sobre el particular pueden destacarse: la publicación del anuncio de información previa, con carácter potestativo (artículo 134 LCSP), y del anuncio de licitación (artículo 135 LCSP) en el perfil del contratante, además de en los correspondientes diarios oficiales, si así se exige en la norma; la publicación, también en

el perfil del contratante, de la adjudicación del contrato (artículo 151 LCSP), así como de la formalización del mismo (artículo 154 LCSP).

Igualmente, en conexión con la normativa contenida en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la LCSP regula el derecho de acceso a la información pública, destacando el contenido del artículo 138 por el que se establece que: *“los órganos de contratación ofrecerán acceso a los pliegos y demás documentación complementaria por medios electrónicos a través del perfil de contratante, acceso que será libre, directo, completo y gratuito, y que deberá poder efectuarse desde la fecha de la publicación del anuncio de licitación o, en su caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados”*.

Asimismo, por lo que respecta al acceso a diversa información, en el artículo 155 LCSP se establece la obligación de los órganos de contratación de *“informar a cada candidato y licitador en el plazo más breve posible de las decisiones tomadas en relación con la celebración de un acuerdo marco, con la adjudicación del contrato o con la admisión a un sistema dinámico de adquisición, incluidos los motivos por los que hayan decidido no celebrar un acuerdo marco, no adjudicar un contrato para el que se haya efectuado una convocatoria de licitación o volver a iniciar el procedimiento, o no aplicar un sistema dinámico de adquisición”*. De igual modo, existe la obligación de informar a los licitadores de otros extremos, tales como: los motivos por los que se haya desestimado su candidatura, los motivos por los que se haya desestimado su oferta, las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada, así como el nombre del adjudicatario o las partes en el acuerdo marco e informar del desarrollo de las negociaciones y el diálogo con los licitadores.

Si bien es cierto, en este sentido, podrían generarse dudas sobre qué sucede en relación con el resto de ciudadanos, y su derecho de acceso a la información que no es objeto de publicidad en el Perfil del Contratante, puesto que en el apartado segundo de la disposición adicional primera de la LTBG se reconoce la aplicación supletoria de esta Ley de Transparencia, respecto a aquellas materias que se rigen por su régimen jurídico específico. A este respecto, el Consejo estatal de Transparencia y Buen Gobierno establece en su Resolución de 25 de septiembre de 2017, un criterio interpretativo restrictivo respecto a dicha aplicación supletoria, exigiendo una regulación específica y

detallada del acceso a la información para evitar dicha supletoriedad³⁵. A este respecto, tal como señala GONZÁLEZ RÍOS: “*las solicitudes de acceso a la información pública se rigen por la LTBG, sin que sea de aplicación prioritaria la legislación de procedimiento administrativo común ni ninguna otra; salvo en el caso de que la materia sobre la que versa la solicitud esté regulada en normativa específica en materia de acceso, según lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera, en cuyo caso si se es interesado se aplica la norma reguladora del concreto procedimiento*”³⁶. Aplicando estas consideraciones al ámbito de la contratación pública, tanto la Resolución de 12 de septiembre de 2016, del Consejo de Transparencia de Aragón³⁷, como la Resolución de 8 de septiembre de 2017, de la Comisión de Garantía del derecho de acceso a la información pública de Cataluña³⁸, resuelven que la normativa de contratos del sector público no determina un régimen específico de acceso a la información pública implique la inaplicación de la LTBG.

Por otra parte, y como garantía del cumplimiento del principio de transparencia, la normativa de contratos públicos establece determinados mecanismos de control de los incumplimientos de los órganos de contratación, como puede ser la declaración de nulidad de pleno derecho por la “*falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo*” (artículo 39 LCSP), o de anulabilidad para incumplimientos de otra índole (artículo 40 LCSP), así como la posibilidad de interposición de los correspondientes recursos administrativos, bien se trate del recurso especial en materia de contratación o bien del oportuno recurso de alzada o potestativo de reposición cuando se afecten a actos que no sean susceptibles del recurso especial (artículo 44 LCSP). Todo ello, por supuesto, sin olvidar la posterior

³⁵ Consejo estatal de Transparencia y Buen Gobierno. Resolución de 25 de septiembre de 2017 (R/0309/2017): <http://consejodetransparencia.es/dam/jcr:6419c19a-4aba-4c32-906a-984f0262fb41/R-0309-2017.pdf>

³⁶ GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (2019). “La transparencia como principio vertebrador de la contratación pública: significado y problemas de articulación normativa”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 12, 2019, Octubre-Marzo, págs. 6-25, p.13

³⁷ Consejo de Transparencia de Aragón. Resolución de 12 de septiembre de 2016: <https://transparencia.aragon.es/cgi-bin/CTAR/BRSCGI?CMD=VEROBJ&MLKOB=997102053030>

³⁸ Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública. Resolución 299/2017, de 8 de septiembre: <http://www.gaip.cat/es/detall/normativa/2017-0299>

revisión a efectuar los órganos judiciales, quienes verificarán el correcto cumplimiento de las obligaciones de transparencia impuestas.

Finalmente, entre las principales novedades introducidas por la LCSP, se crea la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIREscon), como órgano colegiado, cuya finalidad es “*velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades, en relación con la contratación pública*” (artículo 336.1 LCSP). Para ello, entre sus funciones y por lo que a nuestro análisis respecta, se encuentran:

“c) Velar por el estricto cumplimiento de la legislación de contratos del sector público y, de modo especial, por el respeto a los principios de publicidad y concurrencia y de las prerrogativas de la Administración en la contratación.

d) Promover la concurrencia en la contratación pública y el seguimiento de las buenas prácticas.

e) Verificar que se apliquen con la máxima amplitud las obligaciones y buenas prácticas de transparencia, en particular las relativas a los conflictos de interés, y detectar las irregularidades que se produzcan en materia de contratación”.

Este último organismo ha venido a incidir recientemente, en cumplimiento de su mandato, en el ámbito de análisis del presente trabajo, abordando un área donde la transparencia y la integridad pueden verse comprometidas. De este modo, entre los últimos informes publicados por la OIREscon, destaca especialmente el emitido con fecha 23 de junio de 2020, relativo a la supervisión del cumplimiento del principio de publicidad de los contratos de emergencia formalizados durante la declaración del estado de alarma derivado del Covid-19³⁹. Dicho órgano ha considerado de especial interés supervisar este tipo de procedimientos, dado que en su tramitación se excluyen las obligaciones de concluir un expediente completo de contratación, y de publicar el anuncio de licitación, por lo que los poderes adjudicadores se desvían del cumplimiento aspectos básicos relativos a la transparencia.

³⁹ Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIREscon). Informe Especial de Supervisión - Publicidad de los contratos tramitados por emergencia durante el estado de alarma derivado del Covid-19 (23 de junio de 2020) <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIREscon/COVID-19/ies-emergencias-2020/IES-emergencias-23062020.pdf>

En base a todo lo expuesto, es evidente el carácter esencial del principio de transparencia como garante de la igualdad entre los licitadores, promoviendo la concurrencia y favoreciendo la integridad en la contratación pública. Por ello su restricción debería ser marcadamente excepcional, y aplicarse únicamente en presencia de otros bienes jurídicos que requieran de una mayor tutela en el caso concreto. En este sentido, de hecho, existen ciertas limitaciones en su aplicación, como puede ser la difusión limitada de información considerada por los licitadores como confidencial, por afectar, entre otros, a secretos técnicos o comerciales o, por otra parte, el supuesto excepcional de tramitación de emergencia ante específicas circunstancias que, si bien no estaría exenta de la obligación de publicitar en el perfil del contratante, sí permite la ausencia de publicación del anuncio de licitación.

3. LA TRAMITACIÓN DE EMERGENCIA EN LA LEY 9/2017, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

Habiéndose aludido a la tramitación de emergencia de contratos públicos, y a los potenciales riesgos que la misma pudiera plantear, habrá de abordarse el régimen de esta singular herramienta. Sobre este particular, el artículo 120 de la LCSP recoge la tramitación de emergencia como mecanismo para actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional.

Es la necesidad de actuar de manera inmediata la que justifica la ausencia de los trámites formales y ordinarios que exige cualquier expediente de contratación, y es precisamente esa necesidad de actuar de manera inmediata la que determina que el propio artículo 120 LCSP imponga la obligación de que el plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no pueda ser superior a un mes, desde que el órgano de contratación acuerda la declaración de la emergencia, con el objeto de evitar actuaciones fraudulentas que desvirtúen la finalidad de este procedimiento.

Y es que, un procedimiento en el que las exigencias formales se reducen al mínimo exponente puede resultar tentador para los gestores públicos, quienes podrían tratar de aplicarlo fuera de sus causas legitimadoras. Así, de acuerdo con lo señalado por GARCÍA MOLINERO⁴⁰, son dos, principalmente, las causas achacables a la utilización indebida, por los órganos de contratación, de la tramitación de emergencia: la falta de previsión y preparación/tramitación de los contratos, por lo que, de haberse actuado diligentemente se habría podido acudir a la tramitación ordinaria, y la extensión de la tramitación de emergencia a supuestos que van más allá de lo que es considerado imprescindible para remediar el acontecimiento producido.

Como se adelantaba, la tramitación de emergencia supone un claro aligeramiento de las obligaciones generalmente vinculadas a los procedimientos contractuales, conteniéndose

GARCÍA MOLINERO Álvaro. (2020). “*Mis reflexiones sobre el alcance de algunos conceptos a tener en cuenta en la tramitación de emergencia: necesidad de interpretar y/o flexibilizar ciertos aspectos de la gestión y del control*” (artículo en línea). Fecha de consulta: 11 de enero de 2021: <https://reflexionesdeuninterventor.wordpress.com/2020/03/29/mis-reflexiones-sobre-el-alcance-de-algunos-conceptos-a-tener-en-cuenta-en-la-tramita%E2%80%A6>

a lo largo del articulado de la Ley 9/2017 ciertas características específicas de dicho procedimiento.

Así, por una parte, el propio artículo 120 LCSP señala la posibilidad de recurrir a la tramitación de emergencia incluso sin la previa existencia de crédito adecuado y suficiente, sin perjuicio de que posteriormente deba dotarse el mismo con arreglo a la legislación presupuestaria.

Por su parte, el artículo 37 LCSP prevé incluso la posibilidad de contratación verbal como excepción a la regla general de contratación por escrito, al disponer que: *“las entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 120.1, carácter de emergencia”*.

Igualmente, el artículo 153.6 LCSP exime a la tramitación de emergencia de la obligación de formalización del contrato previamente a su ejecución, al afirmar que: *“sin perjuicio de lo establecido en los artículos 36.1 y 131.3 para los contratos menores, y en el artículo 36.3 para los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, y salvo que la tramitación del expediente de contratación sea por emergencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 120, no podrá procederse a la ejecución del contrato con carácter previo a su formalización”*.

Por último, este tipo de tramitación no está sujeto al recurso especial en materia de contratación, tal y como especifica el artículo 44 LCSP, que expresamente dispone que: *“no se dará este recurso en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia”*. Pese a ello, en alguna ocasión, el correspondiente tribunal de recursos contractuales ha entrado a dirimir el fondo del asunto en contratos tramitados por esta vía, con el objeto de determinar si en el contrato recurrido concurren, o no, las circunstancias y requisitos propios de la contratación por vía de emergencia. Un ejemplo de ello se encuentra en la Resolución 102/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por la que estimó el recurso presentado, analizando previamente si se daban las condiciones para permitir la tramitación de emergencia, y señalando en sus fundamentos jurídicos que: *“el hecho de que el órgano de contratación considere que concurren circunstancias que justifican la tramitación del procedimiento de emergencia no excluye sin más la posible competencia de este Tribunal para entrar a valorar si, efectivamente, la utilización de dicho procedimiento excepcional resultó conforme a*

Derecho, pues en otro caso el órgano de contratación podría eludir la oportuna revisión, mediante la mera invocación de tales circunstancias”.

Sin perjuicio de las exenciones apuntadas, este tipo de tramitación también debe cumplir ciertos requisitos entre los que figura, además del anteriormente señalado de iniciar la ejecución de las prestaciones en un plazo inferior a un mes, la exigencia de dar cuenta de los acuerdos adoptados, en el plazo máximo de treinta días, al Consejo de Ministros, si el contrato ha sido celebrado por la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas estatales o, en su caso a los correspondientes órganos autonómicos o locales, de acuerdo a la normativa correspondiente.

A su vez, hay que tener en cuenta que este tipo de tramitación, tal y como determina el artículo 120 LCSP, debe limitarse estrictamente a prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración que tengan carácter de emergencia, señalando que el resto de las prestaciones se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria.

En esa línea se pronunciaba la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 20/2003, limitando la tramitación de emergencia *“a lo estrictamente indispensable en el ámbito objetivo y temporal para prevenir o remediar los daños derivados de la situación de emergencia”* y *salvo que concurran pues esas circunstancias los plazos y trámites serán los previstos en la Ley de Contratos⁴¹”*.

De lo anterior se deduce que existen, por tanto, dos límites al uso de la tramitación de emergencia, tal y como señalan PINTOS SANTIAGO y PÉREZ BRAVO: *“por un lado el ámbito objetivo, por el cual debe limitarse la tramitación de emergencia, según indica el artículo 120 LCSP 2017, a lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida y por otro, en el ámbito temporal un doble límite; por un lado, actuar de manera inmediata y que el plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo del órgano de contratación, y por otro lado, debe cesar cuando la situación haya*

⁴¹ Informe 20/03, de 20 de junio de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, “Sobre criterios interpretativos en la aplicación de la tramitación de emergencia prevista en el artículo 72 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”. <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2003/Informe%2020-03.pdf> Pese a que dicho Informe se refiere a la legislación previamente vigente, sus conclusiones son plenamente trasladables al contenido de la LCSP.

desaparecido o, como dice el apartado 2 del artículo 120 LCSP 2017 “las restantes prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria regulada en esta Ley⁴²”.

Por otro lado, en la que se refiere a la publicidad, aparece una de las principales singularidades de este tipo de procedimiento, pues hay que señalar que: *“la inmediatez de la actuación que ampara el recurso a la tramitación de emergencia determina que no sea exigible la publicación previa del anuncio de la licitación del contrato. El artículo 120 de la LCSP excluye la obligación de tramitar el expediente de contratación, y, por tanto, la necesidad de publicar el anuncio de licitación o sujetarse a los requisitos formales establecidos en el régimen general⁴³”.* Así, la publicidad regulada en la norma se limita a la obligación de dar cuenta de los acuerdos de tramitación de emergencia al Consejo de Ministros o los correspondientes órganos autonómicos o locales que correspondan. Ahora bien, ni el artículo 151 ni el artículo 154 de la LCSP excluyen de la obligación de publicar en el perfil del contratante, regulado en el artículo 63 de la LCSP, la adjudicación y formalización de los contratos que se hayan tramitado por vía de emergencia.

Sin perjuicio de las especialidades previamente señaladas, llama la atención que, dada la excepcionalidad de la utilización de este tipo de tramitación y la falta de concurrencia de licitadores en su tramitación, en la normativa no se regulen específicamente matices respecto a otras previsiones recogidas en la Ley aplicables a contratos tramitados por emergencia, como pueden ser la prórroga de los contratos o la modificación de los mismos. A este respecto, habrá de estarse supletoriamente a la regulación general, puesto que tal y como señala el artículo 120.2 LCSP: *“las restantes prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria regulada en esta Ley”.*

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que, con respecto a la regulación del control del gasto, se ha de acudir a las distintas normativas presupuestarias tanto estatal, como

⁴² PINTOS SANTIAGO, Jaime y PÉREZ BRAVO, Jorge (2020). “Contratación pública y Covid-19. Normativa completa y tramitación de emergencia ante la crisis sanitaria”. *Gabilex Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*. Nº 21 Nº Extraordinario 2020, págs. 133-184, p. 162

⁴³ Nota Informativa emitida por la Junta de Contratación Pública del Estado sobre la tramitación de emergencia, p. 2.

autonómicas, para determinar las singularidades que afectan a este tipo de tramitación, al estar condicionada a la mínima obligación procedimental. En este sentido, dicha tramitación, no se encuentra sujeta al trámite de fiscalización previa, de conformidad con la Disposición adicional centésima trigésima sexta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 que, para el ámbito estatal, establece que: *“cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, de acuerdo con el régimen excepcional previsto en el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, el órgano de contratación dará cuenta de ello, en el mismo momento de adoptar el acuerdo de inicio de actuaciones precisas, a la Intervención Delegada cuya competencia orgánica o territorial se corresponda con la de la autoridad que haya de aprobar el gasto necesario para hacer frente a dicha actuación. En la comunicación que se remita al órgano de control correspondiente, se incluirá una descripción del objeto de las actuaciones a ejecutar y el importe del gasto por el que se haya efectuado la oportuna retención de crédito o se vaya a iniciar el expediente de modificación presupuestaria”*.

En la misma línea, en la Comunidad Autónoma de Aragón, el Decreto Legislativo 1/2000, de 29 junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón establece que: *“por vía reglamentaria podrán ser excluidos de intervención previa todos aquellos gastos a los que sea susceptible aplicar técnicas de control distintas.”* Dicha cláusula permite que, en determinados procedimientos, como puede ser la tramitación de emergencia de la contratación pública, se puede excluir de someter el mismo a la intervención previa, pudiéndose sustituir por el control financiero a posteriori.

Todas estas características vienen a poner de manifiesto que la tramitación de emergencia aparece como una excepción a las reglas generales que rigen en la contratación pública, de modo que se eliminan múltiples requerimientos y trámites. En este sentido, resulta especialmente destacable la supresión de elementos orientados a asegurar los principios de concurrencia, publicidad e igualdad. Esta excepción a las normas procedimentales ordinarias, y a los principios que las inspiran, se justificaría en la existencia de otros elementos a valorar, como la necesaria eficacia administrativa, que prima en situaciones

legalmente previstas donde se requiere una actuación inmediata. Por tanto, la tramitación de emergencia solamente resultará legítima cuando, de acuerdo con un juicio de ponderación de intereses, la eficacia administrativa haya de imponerse a otros principios esenciales.

De lo anterior se deduce que este tipo de tramitación deba llevarse a cabo de manera muy excepcional, de modo que, como señala PADRÓN VILLALBA, “*las actuaciones que se desarrollen (amparándose en una situación de emergencia) deben ser las estrictamente indispensables para paliar las necesidades más apremiantes*”⁴⁴, quedando el resto de prestaciones que completen la obra o el servicio sujetas a tramitación ordinaria, con el objetivo de prevenir tanto un mal uso, como un abuso de este instrumento. En la misma línea se pronuncia GALLEGO CÓRCOLES cuando señala la necesidad de interpretar de manera muy restrictiva los supuestos tasados en la LCSP que permiten la utilización de la tramitación de emergencia⁴⁵.

Si bien es cierto que este tipo de tramitación conlleva numerosos beneficios para la gestión de ciertas necesidades, puesto que permite actuar de manera inmediata ante situaciones imprevisibles e inevitables, debe tenerse en cuenta que la misma puede también presentar serios inconvenientes, tales como los que se han podido comprobar en las adquisiciones de material sanitario para la lucha contra la pandemia del Covid-19, donde ha habido compras de suministros a sujetos de dudosa reputación, que no han llegado a tiempo para atender la necesidad o que, ante los defectos que presentaban, resultaban prácticamente inservibles para su utilización. Para tratar de subsanar estas deficiencias, hay que tener en cuenta que, aunque la tramitación de emergencia exime de la obligación de tramitar el expediente de contratación, ello no implica que no se puedan establecer ciertas garantías como puede ser la solicitud de ofertas a varios licitadores, o la exigencia del pago a la recepción del producto, tal y como señala PASCUA MATEO⁴⁶.

⁴⁴ PADRÓN VILLALBA, Andrea (2020). “El mal uso y los abusos en la contratación de emergencia: para salir corriendo y no parar”. (artículo en línea) Fecha de la consulta: 11 de enero de 2021. <https://hayderecho.com/2020/05/19/el-mal-uso-y-los-abusos-en-la-contratacion-de-emergencia-para-salir-corriendo-y-no-parar/>

⁴⁵ GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2017). “La tramitación de emergencia”. *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, N°. 151, septiembre – octubre 2017, págs. 52-57.

⁴⁶ PASCUA MATEO, FABIO (2020). La contratación administrativa ante la COVID-19. *Revista de administración pública*, N° 213, págs. 439-478, p. 452.

4. TRAMITACIÓN DE EMERGENCIA ANTE LA CRISIS SANITARIA PROVOCADA POR EL COVID-19

Ante la necesidad de adoptar medidas urgentes para responder al impacto económico del Covid-19, el Gobierno de la Nación, aprobó el Real Decreto-ley 7/2020, entre cuyas medidas se encuentra expresamente una habilitación para la contratación de emergencia, al señalarse que: *“la adopción de cualquier tipo de medida directa o indirecta por parte de las entidades del sector público para hacer frente al Covid-19 justificará la necesidad de actuar de manera inmediata, siendo de aplicación el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014⁴⁷”*.

Y ello, de conformidad con el artículo 120 LCSP que regula un mecanismo que, como sabemos, permite contratar de manera prácticamente inmediata ante unos supuestos de hecho taxativamente determinados. Tal y como señala el citado Real Decreto-ley 7/2020, la habilitación de este tipo de tramitación de emergencia se debe limitar a aquellos contratos cuyo objeto sea *“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-19⁴⁸”*.

Por tanto, pese a que la habilitación para el recurso a la tramitación de emergencia sea amplia, la misma no es, ni mucho menos, limitada. Así lo especifica también el profesor GIMENO FELIU al afirmar que *“interesa destacar el ámbito objetivo – las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID –, que, aunque amplio, no permite la aplicación de este precepto a cualquier licitación pública. Por ello el expediente deberá acreditar la existencia de este presupuesto habilitante⁴⁹”*.

⁴⁷ Artículo 16.1 del Real Decreto-ley 7/2020.

⁴⁸ Artículo 16.2 del Real Decreto-ley 7/2020.

⁴⁹ GIMENO FELIU, José María (2020). “La crisis sanitaria covid-19 y su incidencia en la contratación pública”. *El Cronista del Estado Social y Democrático De Derecho*. Nº 86 -87 marzo – abril 2020, págs. 42 -53, p.44.

En la misma línea, con fecha 1 de abril de 2020, el DOUE publicó la Comunicación “Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del Covid-19 (2020/C 108 I/01)”, que pretendía orientar acerca de cómo el marco de contratación pública podía adaptarse a las nuevas necesidades detectadas. En dicha comunicación, la Comisión Europea señala, como primera opción para atender a esta situación, recurrir a las posibilidades de reducción de plazos, permitidos por la normativa, con el objeto de acelerar lo máximo posible la tramitación del procedimiento. Sin embargo, en caso de que esta alternativa sea insuficiente, se establece como opción de tramitación para atender esta situación excepcional *“el procedimiento negociado sin publicación”*, pues el mismo *“permite que los compradores públicos adquieran suministros y servicios en el plazo más breve posible”*. Dicha vía sería la adecuada por su gran flexibilidad pues, como recuerda la Comisión *“con arreglo a este procedimiento, establecido en el artículo 32 de la Directiva 2014/24/UE, los compradores públicos pueden negociar directamente con los posibles contratistas y no hay exigencia de publicación, plazos, número mínimo de candidatos que deben ser consultados ni ningún otro requisito de procedimiento. No hay ninguna norma de procedimiento regulada a nivel de la UE. En la práctica, esto significa que las autoridades pueden actuar con toda la rapidez que sea técnica y físicamente posible, y el procedimiento puede constituir una adjudicación directa de facto sujeta únicamente a limitaciones físicas o técnicas relacionadas con la disponibilidad real y la velocidad de entrega”*.

Por otra parte, y con el objeto de prevenir que se puedan producir situaciones de mal uso o de abuso de este tipo de tramitación, la Junta Consultiva de Contratación del Estado, emitió, con fecha 12 de abril de 2020, una nota informativa informando sobre los aspectos que habrían de tener en consideración los órganos de contratación cuando acudieran a la regla del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, señalando con respecto a la justificación del empleo de este sistema que: *“la utilización de la tramitación de emergencia del artículo 120 de la LCSP y del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del Covid-19 no es enteramente libre para el órgano de contratación, sino que está sometida a la concurrencia de una causa legal que la justifique (en el caso que tratamos en esta Nota a que se trate de contratos que hayan de celebrarse por las entidades del sector público*

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)

(...) Por esta razón resulta tan importante que por el órgano de contratación se ofrezca una justificación razonada y sólida que demuestre que no ha hecho un uso inadecuado de esta fórmula legal”.

Igualmente, y con respecto a la publicación de distintas actuaciones contractuales, la citada Nota Informativa señala que: *“La LCSP no recoge, en cambio, especialidades para estos contratos en relación a la publicidad de los actos de adjudicación y formalización en el perfil de contratante del órgano de contratación respecto al régimen de publicidad previsto con carácter general por los artículos 151.1 y 154.1 de la LCSP. La publicación en estos casos deberá limitarse, no obstante, a lo que resulte pertinente teniendo en cuenta que no existe un procedimiento previo con los trámites habituales. En este sentido cobran importancia, por ejemplo, aspectos como los siguientes: la justificación del procedimiento utilizado para la adjudicación, la mención del objeto del contrato, el precio de adjudicación o la identidad del contratista. Tampoco existe previsión alguna que excepcione la publicación en los periódicos oficiales que corresponda conforme al artículo 154 LCSP de la formalización de estos contratos”.*

En este mismo sentido, con respecto a la publicidad de los contratos tramitados por emergencia, en el Informe Especial de Supervisión de la OIREscon de fecha 23 de junio de 2020, dicha Oficina recomendó *“tomar como modelo la información que se cumplimenta en el caso de los anuncios de adjudicación y/o formalización del procedimiento negociado sin publicidad por razón de una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, supuesto recogido en el artículo 168.b).1º de la LCSP. Referencia útil para los órganos de contratación, sobre todo en el caso de los contratos sujetos a regulación armonizada (SARA) ya que debe recordarse que no existe en la Directiva europea la tramitación “de emergencia”, pero sí se contempla el supuesto del procedimiento negociado sin publicidad por razón de imperiosa urgencia (artículo 32.2.c) de la citada Directiva)⁵⁰”.*

⁵⁰ Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. Informe Especial de Supervisión “Publicidad de los contratos tramitados por emergencia durante el estado de alarma derivado del Covid-19”.

Es evidente que, tal y como se ha comentado anteriormente, la tramitación de emergencia no supone excepción del régimen de publicidad previsto con carácter general por los artículos 151.1 y 154.1 de la LCSP. No obstante, aunque hay que tener en cuenta que, con la declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, además de la habilitación del uso de la tramitación de emergencia con carácter generalizado para compras públicas relacionadas con el Covid-19, también se adoptó entre otras medidas, una suspensión generalizada de múltiples procedimientos administrativos. Esta suspensión conllevó, de manera indirecta, la afectación al derecho de acceso a la información por parte de los ciudadanos y por tanto al principio de transparencia. Así, no es hasta el mes de abril de 2020, y tras la polémica desatada en los medios de comunicación, ante la falta de información de los contratos realizados por las Administraciones Públicas en la adquisición de productos sanitarios, cuando se publicaron los datos correspondientes a los contratos gestionados por el Ministerio de Sanidad correspondientes a la adquisición de suministros y otro tipo de contratos relacionados con el Covid-19.

Este tipo de limitaciones a la transparencia por la existencia de una situación de emergencia no serían, en absoluto, admisibles, pues tal y como señala MIRANZO DÍAZ: *“el carácter fundamental que se ha reconocido a la transparencia tanto en la normativa sectorial de aplicación, como en la Constitución y en la normativa reguladora del Estado de Alarma, derivaría en la imposibilidad de suspender por completo la aplicación del derecho y sus dos vertientes (activa y pasiva) como fruto de la situación jurídica excepcional provocada por el Estado de Alarma⁵¹”*. Como única excepción a las obligaciones de transparencia, en su caso, aparecería la posibilidad de que determinados aspectos de algunos contratos cumplimentados con motivo del Covid-19 se hubiesen acogido a los supuestos comprendidos en el artículo 154.7 LCSP por el que se determina que: *“podrán no publicarse determinados datos relativos a la celebración del contrato cuando se considere, justificándose debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados*

⁵¹ MIRANZO DÍAZ, Javier (2020). Publicidad activa y pasiva en los contratos públicos durante la crisis sanitaria del Covid-19. *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas* n° 169, septiembre-octubre 2020. Editorial Wolters Kluwer, págs.3-12, p.6.

secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en la letra c) del apartado 2 del artículo 19”.

En cualquier caso, finalmente, una vez se estabilizó la situación epidemiológica y se normalizaron las cadenas de suministro, la excepcional posibilidad de recurrir a la tramitación de emergencia sería suprimida. Así, en mayo de 2021, se aprobó el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, en cuya Disposición derogatoria única, se deroga el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 por el que se habilitaba para la contratación de emergencia para los contratos que hayan de celebrarse 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.

5. EL POSIBLE ABUSO DE LA TRAMITACIÓN DE EMERGENCIA DURANTE LA CRISIS SANITARIA DEL COVID-19

Como es sabido, ante la actual situación de crisis sanitaria mundial provocada por el virus Covid-19, los distintos gobiernos, a lo largo del globo, tuvieron que hacer frente, sobre todo en la adquisición de productos sanitarios, a un mercado que, ante la enorme demanda, ha sido proclive a la escasez, fraudes, engaños, productos de baja calidad, etc.

Ante la necesidad de inmediatez en el suministro de dichos productos, necesarios para asegurar la salud de los ciudadanos, es evidente que la contratación pública no puede suponer un obstáculo que entrañe la pérdida de vidas humanas. Para hacer frente a este tipo de situaciones, las Administraciones Públicas disponen de herramientas como la tramitación de emergencia, que permite actuar de manera inmediata al estar exenta del cumplimiento de los requerimientos exigidos por la normativa a los procedimientos ordinarios.

No obstante, pese a que el recurso a esta vía procedimental pueda considerarse legítimo, los poderes adjudicadores deben justificar de forma motivada el cumplimiento estricto de todos los requisitos necesarios para poder acudir a este tipo de tramitación, puesto que, de otro modo, se produciría un uso inadecuado de la misma. En este sentido, tal y como señala la Comunicación de la Comisión “Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del Covid-19”, es necesario que los poderes adjudicadores determinen si se cumplen las condiciones para recurrir al procedimiento negociado sin publicación previa y justificar dicha elección en un informe individual. En dicho informe se debe justificar el cumplimiento de manera acumulativa de los siguientes requisitos:

- a) Sucesos imprevisibles para el poder adjudicador;
- b) Extrema urgencia que hace imposible el cumplimiento de los plazos generales;
- c) Nexo causal entre el suceso imprevisto y la extrema urgencia y;
- d) Uso en la medida estrictamente necesaria para cubrir el vacío hasta que se encuentren soluciones más estables.

Es evidente que el uso de este tipo de tramitación supone apartarse de los principios vertebradores de la contratación pública, es decir, de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia. Al recurrirse a la adjudicación directa de los contratos,

sin concurrencia de licitadores, se impide que los órganos de contratación puedan escoger, de entre varias, la oferta más ventajosa y que mejor se adecúe a sus necesidades e intereses, y que, por tanto, cumpla con el objetivo de eficiencia en la asignación de los recursos públicos. De igual modo, se afecta a la libre concurrencia, pues no todos los licitadores contarán con las mismas posibilidades de resultar vencedores en un procedimiento abierto.

Además de las anteriores afecciones a otros bienes jurídico, se ha observado que los procedimientos tramitado por vía de emergencia para hacer frente a la pandemia han presentado diversos problemas específicos. En este sentido, uno de los problemas más importantes detectados, como señala BELLO PAREDES, ha sido la contravención de la regulación sobre la capacidad y solvencia de los contratistas que han suministrado bienes o servicios a las Administraciones Públicas españolas⁵². Tal y como señala la OIREscon, en su “Informe especial de supervisión de los contratos tramitados por vía de emergencia” de marzo de 2021, destaca la ausencia de información relativa a los medios de acreditación de la solvencia en los contratos tramitados por vía de emergencia, ya sea técnica o económica, teniendo en cuenta que la tramitación por vía de emergencia no exime de la obligación de contratar con una persona física o jurídica con capacidad y solvencia suficientes, en relación con el objeto del contrato⁵³.

Así, el uso de la tramitación de emergencia no puede servir para evitar la aplicación de los requisitos contenidos en el artículo 65.1 LCSP que dispone que *“solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas”*. Estos requisitos no se pueden considerar formales y, por tanto, de conformidad con el artículo 120 LCSP, no sujetos a su cumplimiento en la tramitación de emergencia. Al contrario, de acuerdo con el criterio establecido por la Junta de Contratación del Estado, en su informe 21/16, de 27 de abril de 2017, cuando señala que

⁵² BELLO PAREDES, Santiago A. (2020). “COVID-19 y contratación pública: un peligroso cóctel en España”. *Revista de Administración Pública*, N° 213, págs. 373-403, p.377.

⁵³ Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. Informe Especial de Supervisión de los contratos tramitados por vía de emergencia, de marzo de 2021: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIREscon/COVID-19/ies-emergencias-2021/IES-emergencias-2021.pdf>

“*resulta necesario el cumplimiento de los requisitos imprescindibles propios de todos los contratos públicos, como la competencia, la capacidad, el objeto, el precio, etc.*”⁵⁴. Estos requisitos son sustantivos de todos los contratos y, por tanto, necesarios para ostentar la condición de licitador o, en su caso, contratista.

Hay que tener en cuenta que la exigencia, tanto la capacidad de obrar como de solvencia de los contratistas, tiene por objetivo garantizar la aptitud de éstos para desarrollar correctamente el objeto del contrato. Así la solvencia técnica o profesional (artículos 88 a 91 LCSP) muestra su capacidad técnica para ejecutar el contrato con un adecuado nivel de calidad, y la solvencia económica o financiera (artículo 87 LCSP) acredita su capacidad para cumplir con las correspondientes obligaciones contractuales. Si bien es cierto que el artículo 74 LCSP permite cierta libertad al órgano de contratación para determinar cuáles son esas condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica, ello no que no implica que permita la exención de su exigencia.

De hecho, las consecuencias de soslayar las obligaciones en la materia serían especialmente graves, teniendo en cuenta que el artículo 39.1 LCSP determina la nulidad de pleno derecho de los contratos celebrados con contratistas que no ostenten la necesaria capacidad de obrar, o acrediten la solvencia económica, financiera, técnica o profesional,

Pese a ello, según destaca BELLO PAREDES, durante la gestión de la crisis del Covid-19 se ha producido habitualmente: “*la contratación con empresas intermediarias de proveedores de suministros sanitarios que no tienen, ni han tenido, la necesaria aptitud para contratar con las entidades del sector público para suministrar o prestar servicios sanitarios necesarios para la lucha contra la pandemia*”⁵⁵. Así, llama poderosamente la atención, como continúa señalando el mismo autor, que de los datos reflejados en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP), con respecto a los contratos tramitados por la vía de emergencia por la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, del Ministerio de Sanidad, en ninguno de ellos consta contrato administrativo alguno, sustituyéndose por una memoria justificativa en la cual, en relación con la aptitud de los contratistas, se indica que “*se*

⁵⁴ Junta de Contratación del Estado. Informe 21/16, de 27 de abril de 2017. Exigibilidad en los contratos menores de la acreditación de capacidad y solvencia del empresario. <https://www.hacienda.gob.es/documentacion/publico/d.g.%20patrimonio/junta%20consultiva/informes/informes2017/web%2021-16%20%20capacidad%20y%20solvencia%20en%20contratos%20menores.pdf>

⁵⁵ BELLO PAREDES, Santiago A. (2020). “COVID-19 y contratación pública: un peligroso cóctel en España”. *Revista de Administración Pública*, nº 213, págs. 373-403, p. 389

entiende que la empresa indicada responderá a la situación de emergencia de salud pública de forma adecuada y con la premura que dicha situación requiere y, por ello, ha sido seleccionada⁵⁶”.

Por otra parte, cabe señalar la posibilidad, para este tipo de contratos, de realizar abonos a cuenta, de conformidad con el artículo 16.2 del Real Decreto-ley 7/2020 que establece que: *“en estos casos, si fuera necesario realizar abonos a cuenta por actuaciones preparatorias a realizar por el contratista, no será de aplicación lo dispuesto respecto a las garantías en la mencionada Ley 9/2017, siendo el órgano de contratación quien determinará tal circunstancia en función de la naturaleza de la prestación a contratar y la posibilidad de satisfacer la necesidad por otras vías. De la justificación de la decisión adoptada deberá dejarse constancia en el expediente”*. De este modo se permite que, para todos estos contratos tramitados por vía de emergencia por motivo del Covid-19, se puedan hacer abonos a cuenta por las actuaciones preparatorias, eliminando la necesidad de depositar garantía que acompaña generalmente a esta posibilidad, según se dispone en el artículo 198.3 LCSP cuando determina que: *“el contratista tendrá también derecho a percibir abonos a cuenta por el importe de las operaciones preparatorias de la ejecución del contrato y que estén comprendidas en el objeto del mismo, en las condiciones señaladas en los respectivos pliegos, debiéndose asegurar los referidos pagos mediante la prestación de garantía”*.

Mayor problema supone la exigencia de algunos contratistas, sobre todo con respecto a material sanitario, del pago anticipado de los bienes y servicios que se adquieren. Tanto la normativa presupuestaria, como la normativa contractual se basan en el pago por la prestación realizada. Así en el caso de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria su artículo 21.2 establece que: *“si dichas obligaciones tienen por causa prestaciones o servicios, el pago no podrá efectuarse si el acreedor no ha cumplido o garantizado su correlativa obligación”* y la LCSP en su artículo 198.1 determina el derecho del contratista al *“abono del precio convenido por la prestación realizada”*.

Es evidente que, ante una previsible situación de desabastecimiento de material sanitario, el gestor público se plantea la duda de cómo actuar. Para ello, a través del Real Decreto-ley 9/2020, se incorporaron dos apartados más al citado artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, relacionados con los contratos que hayan de formalizarse o ejecutarse total o

⁵⁶ BELLO PAREDES, Santiago A. (2020), p. 392.

parcialmente en el extranjero. Así, el nuevo apartado cuarto, párrafo tercero, de dicho precepto determina que: *“cuando fuera imprescindible de acuerdo con la situación del mercado y el tráfico comercial del Estado en el que la contratación se lleve a cabo, podrán realizarse la totalidad o parte de los pagos con anterioridad a la realización de la prestación por el contratista, en la forma prevista en el apartado”*.

Por otra parte, y a pesar de la falta de procedimiento, como ya se ha indicado anteriormente, este tipo de tramitación no está exenta del cumplimiento de la obligación de publicar en el Perfil del Contratante, tanto la adjudicación, como la formalización de los contratos, recogida en los artículos 151 y 154 LCSP. Es en el estudio de esos datos, volcados en los perfiles del contratante, por los que la OIREscon emite su Informe Especial de Supervisión de los contratos tramitados por vía de emergencia, de marzo de 2021⁵⁷. En dicho Informe se analizan diversos parámetros y circunstancias relacionadas con la contratación de emergencia vinculada a la pandemia, señalando algunos problemas y aspectos controvertidos.

En particular, a partir del estudio de los datos publicados, la OIREscon, ha venido detectado numerosas disfunciones, entre las que destacan:

- Errores en la determinación del tipo de tramitación, clasificándose como tramitación urgente u ordinaria, contratos tramitados por vía de emergencia.
- Confusión en los datos correspondiente a los expedientes de gasto y de pago, habiendo, incluso, errores en los datos sobre valor estimado o presupuesto base de licitación.
- Acumulación de varios expedientes tramitados por vía de emergencia en una única publicación, incumpliendo así la obligación que establece la PLACSP de individualización de los contratos y de especificar la existencia de lotes.
- Información incoherente al seleccionar, para contratos tramitados por vía de emergencia, tipo de procedimiento de contratación, de los recogidos en el artículo 131 LCSP y que, por tanto, están sujetos a licitación y concurrencia.

⁵⁷ Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. Informe Especial de Supervisión de los contratos tramitados por vía de emergencia de marzo de 2021.

- Incoherencias en la publicación de los datos correspondientes al valor estimado, presupuesto base de licitación y precio de adjudicación.
- Errores en la calificación de contratos derivados de acuerdos marco, al publicarlos como contratos de emergencia.
- Incoherencias en la calificación de encargos a medios propios, regulados en los artículos 32 y 33 de la LCSP, como contratos de emergencia.
- Calificación como contratos de emergencia de contratos que por su excesiva duración no se adecúan a la naturaleza de los mismos.
- Justificaciones dudosas de las motivaciones para acudir a la vía de emergencia. En este sentido, en múltiples ocasiones, la motivación se basa en la imposibilidad de tramitación de un procedimiento de contratación de los regulados en la LCSP debido a la declaración del estado de alarma el 14 de marzo o justificándolo como una necesidad perentoria e imprevisible, tratándose, más bien, de una ausencia de planificación de la entidad contratante.
- Calificación como contratos de emergencia de tramitaciones de prórrogas o modificaciones contractuales.

En base a las evidencias anteriores –que se revelan como especialmente graves– la OIREscon formula una serie de recomendaciones, destacando, por ejemplo:

- La mejora en la información publicada sobre este tipo de contratos, puesto que de dicha información depende la verificación posterior de la justificación y adecuación a la norma.
- Fortalecimiento de la planificación o programación contractual por parte de los órganos de contratación, a fin de evitar la utilización de instrumentos que excepcionan la publicidad y la concurrencia.
- Elección de tramitaciones que proporcionan la agilidad necesaria sin que se vean mermados los principios de publicidad, transparencia y concurrencia, como pueden ser la tramitación con carácter de urgencia o la adjudicación mediante el procedimiento negociado.

En la misma línea que la OIReScon, aunque con un enfoque más crítico, la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO) alertó en un comunicado, de junio de 2020, sobre un posible abuso de la contratación pública de emergencia durante la pandemia del coronavirus, instando a *“la derogación de las normas que temporalmente han permitido tramitar de manera generalizada la contratación asociada directa o indirectamente a la pandemia provocada por el Covid-19 por el procedimiento de emergencia⁵⁸”*.

Como destaca la ACCO en su comunicado, las previsiones legales establecidas tanto por el Gobierno español como por el Gobierno catalán establecen una justificación “ex lege” del procedimiento de contratación de emergencia y determinan a este procedimiento como mecanismo de contratación principal, lo que conlleva *“un elevado riesgo de uso no siempre suficientemente justificado y, por lo tanto, excesivo de los procedimientos de contratación de emergencia. Obviamente, se aumenta en agilidad y flexibilidad, elementos ciertamente útiles en las circunstancias actuales, pero también provoca un indudable sacrificio de los principios de transparencia y competencia, con la inherente repercusión negativa en la eficiencia - en términos de calidad y/o de precio - de los bienes y servicios contratados, que también deber ser tomada en cuenta a la hora de determinar el concreto procedimiento de contratación a seguir por parte de los diferentes órganos de contratación (ex artículo 103 de la CE). El posible abuso de los procedimientos de contratación de emergencia podría tener efectos negativos para la protección del interés general y las directrices mismas muestran posibles alternativas menos distorsionadoras de la competencia para afrontar los retos que en materia de contratación pública ha supuesto el Covid-19, ofreciendo una respuesta más proporcional a los mismos”*.

La ACCO continúa señalando los diferentes riesgos a los que nos enfrentamos con el uso generalizado de este tipo de procedimientos de emergencia, como pueden ser:

- Falta de justificación suficiente para acudir a este tipo de tramitación.
- Discriminación entre operadores económicos.
- Ineficiencia en la gestión de los fondos públicos.

⁵⁸ Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO). “Riesgos para la competencia en la contratación pública de emergencia en tiempos del COVID-19”: http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/actuacions/20200692_ob_45_2020_esp.pdf

- Riesgo de compras fallidas o de mala calidad.
- Falta de transparencia y publicidad.
- Aumento de la litigiosidad.
- Posibilidad de incurrir en riesgos para la integridad pública.

De hecho, dicha Autoridad, en su trabajo, ha detectado numerosos casos de contratos celebrados por las Administraciones Públicas que conllevarían algunos de estos riesgos, considerando que muchos de esos contratos se podrían haber licitado por los procedimientos ordinarios recogidos en la normativa contractual.

En el mismo sentido que la OIReScon, la ACCO también sugiere una serie de recomendaciones a seguir con el objeto de minimizar los defectos cometidos con este tipo de tramitación, entre las que destacan:

- La interpretación estricta de la excepcionalidad de la tramitación de emergencia, lo que llevaría a la utilización de este tipo de procedimiento únicamente cuando sea imprescindible en aplicación de los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión.
- Acudir preferentemente a la tramitación de los expedientes de contratación a través de procedimientos abiertos tramitados por urgencia (art. 119 de la LCSP), dado el mayor respeto a los principios de transparencia, concurrencia y competencia.
- Limitación de la duración de los contratos tramitados por vía de emergencia al periodo mínimo imprescindible para cubrir la necesidad inmediata.
- Potenciación al máximo de la publicidad, la transparencia y la rendición de cuentas con el objeto de facilitar la fiscalización de los contratos en términos de garantías procedimentales y legales.

No obstante, la principal recomendación formulada por la ACCO en este documento es la derogación la normativa adoptada de manera específica para la gestión del Covid-19, y que temporalmente permite tramitar por vía de emergencia y de manera generalizada la contratación pública asociada directa o indirectamente a la pandemia del Covid-19, dado que se considera que una habilitación “ex lege” fomenta su utilización de manera excesiva e injustificada.

En la misma línea se expresa BELLO PAREDES⁵⁹ cuando se pregunta sobre la pertinencia de adoptar una normativa excepcional en materia de contratación pública, tal y como ha hecho España (se contabilizan alrededor de 700 disposiciones sobre contratación pública durante la declaración del estado de alarma derivado del Covid-19⁶⁰). Como alternativa, quizás hubiese sido suficiente con la aplicación de los instrumentos recogidos en la normativa vigente, teniendo en cuenta la aclaración hecha por la Comunicación de la Comisión Europea sobre Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del Covid-19, por la que se determina que, ante una situación de crisis sanitaria como la experimentada, que exige una actuación de urgencia extrema, podría acudir al procedimiento negociado sin publicación del art. 32 de la Directiva 2014/24/UE. Dicho procedimiento permite que las autoridades puedan actuar de manera inmediata, pudiendo constituir una adjudicación directa de facto sujeta únicamente a limitaciones físicas o técnicas relacionadas con la disponibilidad real y la velocidad de entrega. Sin embargo, en España, esta posibilidad se desarrolla a través del procedimiento negociado sin publicidad de los artículos 168 a 170 LCSP, regulado de manera demasiado burocrática para ser útil ante estas circunstancias, lo que llevaría a plantear una posible reforma del mismo.

⁵⁹ BELLO PAREDES, Santiago A. (2020).

⁶⁰ Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon). Compendio de disposiciones sobre contratación pública durante la declaración del estado de alarma derivado del Covid-19, de 22 junio 2020: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/COVID-19/documentacion-COVID19/compendio-disposiciones-contratacion-publica-durante-estado-alarma-COVID19.pdf>

6. CONCLUSIONES

En la misma línea que expone la ACCO, considero que con la aprobación del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del Covid-19, se ha favorecido un uso generalizado de la tramitación de emergencia que, tal y como señala la normativa, debería ser absolutamente excepcional y para solventar exclusivamente aquellas prestaciones que deben ser cubiertas de manera inmediata, debiendo de tramitarse el resto de prestaciones por procedimiento ordinario.

Con ese uso generalizado de la tramitación de emergencia se han vulnerado de manera sistemática los principios vertebradores de la contratación pública, los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, así como la promoción de la concurrencia y la salvaguarda de la libre competencia, favoreciendo, por tanto, la aparición de ofertas de mala calidad, fraudulentas, etc. Hemos sido conocedores, a través de los medios de comunicación, de numerosas adquisiciones, principalmente de material sanitario, cuya calidad no cumplía con los mínimos estándares establecidos por la Unión Europea, o incluso, se han producido adquisiciones que han resultado canceladas en el momento de su envío en el propio aeropuerto porque otro órgano de contratación ha pagado un mayor precio.

A su vez, vistos los estudios presentados, se pueden demostrar ciertas irregularidades, dado que muchos de los contratos que han sido tramitados por el procedimiento de emergencia deberían haberse gestionado por los procedimientos ordinarios establecidos en la normativa contractual, al no haber justificado de manera fehaciente la necesidad de atención inmediata y urgente. Los gestores públicos encontraron en esta vía procedimental una solución sencilla a dificultades prácticas, como las planteadas por la declaración del estado de alarma, a través de la suspensión de los plazos y trámites, recogida en la Disposición adicional 3ª del Real Decreto 463/2020, de los procedimientos de contratación no relacionados con la Covid-19 cuyas licitaciones se paralizaron, además de la propia suspensión de contratos que se encontraban en ejecución. A la vista de esta realidad, algunos órganos de contratación, ante la necesidad de contratar, aprovecharon la justificación “ex lege” que les brindaba el artículo 16 del Real Decreto ley 7/2020, para acudir a la tramitación de emergencia.

De hecho, hemos podido comprobar a través del Informe Especial de Supervisión de los contratos tramitados por vía de emergencia, publicado por la OIReScon, como se han tramitado por vía de emergencia contratos que, simplemente, eran prórrogas o modificaciones de contratos que se encontraban en tramitación en el momento de declararse la pandemia provocada por el Covid-19. Igualmente, los referidos informes plantean algunas dudas con respecto a la legalidad de la duración de muchos de estos contratos, dado que, en algunos supuestos se superan los 730 días, lo que difícilmente cumpliría con uno de los principales requisitos que marca el artículo 120 LCSP. Así, parece bastante obvio que la duración de estos contratos supera con creces la restricción establecida de duración “*por el tiempo imprescindible*” que lleva aparejada los contratos tramitados por esta vía.

Por otra parte, con una visión a posteriori y, atendiendo a las decisiones adoptadas durante la gestión de la crisis sanitaria, hay que destacar que algunas de estas decisiones que, en un primer momento parecían acertadas, posteriormente se han comprobado totalmente erróneas.

Por ejemplo, con la aprobación del estado de alarma por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se facultaba al Gobierno de España a centralizar las compras necesarias para hacer frente a la epidemia, y para ello se asumió por parte del Ministerio de Sanidad del control y la centralización de las compras del material sanitario, para su posterior reparto a las Comunidades Autónomas. Esta decisión parecía más ventajosa dadas la fortaleza de la adquisición centralizada a través de una central de compras frente a proveedores que ofertaban sus productos escasos al mejor postor. Y es que, tal y como señala MIRANZO DÍAZ: “*los instrumentos de compra centralizada y otras herramientas de racionalización y compra estratégica deben desempeñar un rol fundamental en la compra pública de emergencia*”⁶¹. No obstante, esta decisión que, en abstracto, pudiera ser óptima, no se reveló tan eficaz pues, tras las transferencias de competencias en materia de sanidad a las Comunidades Autónomas, la estructura organizativa del Ministerio de Sanidad disminuyó de manera considerable perdiendo su capacidad para gestionar las adquisiciones de material sanitario. De hecho, posteriormente y ante las quejas de las Comunidades

⁶¹ MIRANZO DÍAZ, Javier (2020) *Reflexiones sobre la transparencia y la integridad en contrataciones relacionadas con el Covid-19. Observatorio de Contratación Pública* (artículo en línea) Fecha de consulta 20 de agosto de 2021: <http://www.obcp.es/opiniones/reflexiones-sobre-la-transparencia-y-la-integridad-en-contrataciones-relacionadas-con-el>

Autónomas por el desabastecimiento de los productos sanitarios en sus ámbitos territoriales, el Gobierno renunció en esta recentralización de competencias y tanto el Estado, como las autoridades autonómicas pasaron a competir en la adquisición de material sanitario. A la vista de esta realidad, quizás hubiera sido más conveniente designar también como autoridad delegada a los presidentes autonómicos o, posiblemente más adecuado, a los consejeros de Sanidad de cada Comunidad, bajo la coordinación del Ministro de Sanidad, además de permitir, desde el momento en que se declara el estado de alarma, que cada Comunidad continuara con los procesos de compra que ya se estaban llevando a cabo. En este sentido, parece que no habría que tener en consideración dos relevantes conceptos, que pueden conducir a soluciones igualmente satisfactorias, como son la coordinación y la centralización.

En todo caso, a la hora de buscar soluciones será necesario huir de apriorismos pues, si bien en nuestro país no ha tenido éxito la adquisición centralizada, por los motivos antes reseñados, hay que tener en cuenta que a nivel de la Unión Europea los resultados de la adquisición centralizada de vacunas llevada a cabo por la Comisión Europea parecen satisfactorios.

Por otra parte, es cuestionable la aprobación de normativa excepcional en materia de contratación pública contra el Covid-19, creada “ad hoc”, sobre todo si la misma es excesivamente extensa y descoordinada –en nuestro país se aprobaron alrededor de 700 disposiciones sobre contratación pública durante los estados de alarma derivados del Covid-19. Una normativa tan extensa y cambiante ha favorecido situaciones de inseguridad jurídica en las autoridades que habían de aplicarla. Por mi parte, considero que la regulación contenida en la LCSP con respecto a la tramitación en vía de emergencia proporcionaba las herramientas suficientes para atender la urgencia e inmediatez requeridas para atender las necesidades de material sanitario e incluso otras prestaciones relacionadas con el Covid-19. Tal y como señala la Comisión Europea en sus Orientaciones sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del Covid-19, de conformidad con el art. 32 de la Directiva 2014/24/UE, los procedimientos negociados sin publicación previa ofrecen a las autoridades la posibilidad de actuar con la rapidez que sea técnica y físicamente posible, y pudiendo constituir este tipo de procedimiento una adjudicación directa de facto sujeta únicamente a limitaciones físicas o técnicas relacionadas con la disponibilidad real y la velocidad de entrega.

Es por ello que, si bien es cierto que la normativa vigente recoge instrumentos suficientes para atender situaciones de emergencia, considero que, atendiendo a la experiencia que las circunstancias vividas nos han prestado, se debería realizar una revisión de la regulación de este tipo de tramitación de los procedimientos contractuales. Y ello con el objetivo de establecer un procedimiento más exhaustivo, que regule tanto la tramitación como todas las excepciones a las reglas generales que actualmente lo configuran y que se encuentran distribuidas por la ley, además de otros requisitos específicos tales como la limitación de su duración dirigida a solventar expresamente la necesidad inmediata o la posibilidad de prórroga o de modificación de los mismos. Igualmente, sería conveniente un desarrollo reglamentario de modo que se determinen de manera más clara los requisitos necesarios para poder acudir a este tipo de herramienta y el procedimiento a seguir.

Sobre este particular, justificando la necesidad de regular expresamente ciertos aspectos, considero inadmisibles que un contrato cuya adjudicación se ha tramitado por la vía de emergencia sea prorrogado como si de un contrato ordinario se tratara. Podemos encontrar un mediático ejemplo de, en mi opinión, un abuso, cuando la Comunidad de Madrid prorroga el contrato de vigilancia del Hospital Enfermera Isabel Zendal, cuya adjudicación inicial se tramitó por la vía de emergencia de manera directa sin concurrencia de otros licitadores⁶².

Tal y como exige la normativa, la tramitación de emergencia debe tener un carácter marcadamente excepcional, en atención a las limitaciones que la misma plantea en otros principios o bienes jurídicos. Es por ello que estoy plenamente de acuerdo con lo señalado por el informe de la ACCO cuando afirma que: *“en términos de política de competencia, cabe tomar consciencia que el uso de los mecanismos de contratación para casos excepcionales (ya sea el procedimiento negociado sin publicidad o, bien, como en el caso que nos ocupa en este documento, la tramitación de emergencia) limitan de manera significativa la competencia por el mercado, que necesariamente debería producirse*

⁶² El Servicio de vigilancia y seguridad en el Hospital de Emergencias Enfermera Isabel Zendal se tramitó por la vía de emergencia, adjudicándose con fecha 13 de noviembre de 2020 a la empresa Ariete Seguridad, S.A con una duración de 6 meses. Posteriormente, por Resolución del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria, de fecha 10 de mayo de 2021 se ha prorrogado el contrato por un periodo de 228 días, hasta el 31 de diciembre de 2021. Para acceder a la anterior información puede recurrirse a: [Tramitación de emergencia Servicio de vigilancia y seguridad en el Hospital de Emergencias Enfermera Isabel Zendal - Madrid.org - Portal de Contratación](#)

entre los diferentes licitadores interesados en adjudicarse la contratación de que se trate, ya que o bien se negocia directamente con unos pocos operadores previamente seleccionados, escogiendo finalmente uno, o bien se adjudica el contrato de manera directa a un operador concreto, sin negociación con otros.

La rivalidad competitiva que se produce en los procedimientos de licitación (competencia por el mercado), manifestada en una pluralidad de ofertas diversas en precio, calidad u otras características, permite a la Administración contratante escoger aquella oferta que mejor se adecua a las necesidades e intereses, la satisfacción de las cuales tiene encomendada y, a la vez, velar por una asignación eficiente de los recursos públicos⁶³”.

Es cierto que, ante determinadas circunstancias la contratación no puede suponer un obstáculo que limite la agilidad o la flexibilidad necesarias para atender necesidades de actuación urgentes e inmediatas, pero también es cierto que esa necesidad de atención inmediata no puede suponer un riesgo para la integridad en la contratación pública por lo que se deberían incrementar los niveles de transparencia y publicidad, así como la rendición de cuentas en este tipo de procedimientos, que favorezcan conjuntamente la eficiencia de la gestión de los fondos públicos.

Por otra parte, no hay que olvidar que, si bien la tramitación de emergencia, de conformidad con el artículo 120 LCSP está exenta de sujeción a los requisitos formales establecidos para los procedimientos ordinarios, ello no implica el incumplimiento del resto de requisitos que son sustantivos a todos los contratos públicos. Con ello me estoy refiriendo a la necesidad de cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 65 LCSP como son la capacidad de obrar, la no inclusión en alguna prohibición de contratar, y la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija la Ley, la clasificación, puesto que estos requisitos garantizan que los licitadores están capacitados para abordar la ejecución con un adecuado nivel de calidad. Hemos podido comprobar con el estudio de los datos publicados en la PLACSP que en numerosos contratos tramitados por la vía de emergencia, sobre todo con respecto a la adquisición de material sanitario en el extranjero, la acreditación de la capacitación del contratista seleccionado se ha sustituido por una memoria justificativa en la cual, en

⁶³ Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO). “Riesgos para la competencia en la contratación pública de emergencia en tiempos del COVID-19, p.6.

relación con la aptitud de los contratistas, se indica que *“se entiende que la empresa indicada responderá a la situación de emergencia de salud pública de forma adecuada y con la premura que dicha situación requiere y, por ello, ha sido seleccionada”*⁶⁴.

Del mismo modo, se ha evidenciado la necesidad de regular, principalmente para este tipo de tramitación y ante situaciones especialmente excepcionales, la posibilidad del pago anticipado de la prestación, en contraposición con lo dispuesto tanto en la legislación presupuestaria, como contractual. La modificación del artículo 16 del Real Decreto 7/2020, incorporando sus apartados 4 y 5, permitiendo el pago de la totalidad o parte de los pagos con anterioridad a la realización de la prestación por el contratista, ha facilitado a las autoridades sanitarias la adquisición del material necesario para la lucha contra el Covid-19 en un mercado que había derivado en una competencia feroz entre órganos de contratación, llegándose a pagar a los contratistas, incluso en el mismo aeropuerto, mayores precios por productos ya preparados para su envío al comprador.

En la misma línea, es necesario reseñar que, aunque la tramitación de emergencia reduce los controles previos a la preparación y adjudicación de los contratos, se mantienen todos los controles posteriores que permiten el cumplimiento de los principios de transparencia, publicidad y rendición de cuentas. La transparencia no puede quedar fuera de este tipo de tramitación pues, de la información publicada por los órganos de contratación, depende la verificación posterior de la justificación y adecuación a la norma de estos contratos, así como que los ciudadanos puedan conocer en que se está gastando el dinero de sus impuestos y puedan, de esa forma, controlar a sus gobernantes. Por tanto, también se han de respetar los estándares mínimos de transparencia en caso de contratos tramitados por la vía de emergencia.

Por otra parte, se debería reforzar el papel de supervisión desarrollado por la OIREscon. En este sentido, considero que la detección de irregularidades en la contratación pública reflejada en sus informes de supervisión debería poder acarrear el directo establecimiento de responsabilidades y sanciones para los infractores.

⁶⁴ BELLO PAREDES, Santiago A. (2020), p. 392.

BIBLIOGRAFÍA

- ✦ AYMERICH CANO, Carlos (2015). “Corrupción y Contratación Pública: análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y concesiones públicas”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Nº. 45-46, págs. 209-239.
- ✦ Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO). “Riesgos para la competencia en la contratación pública de emergencia en tiempos del Covid-19”
http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/actuacions/20200692_ob_45_2020_esp.pdf
- ✦ BELLO PAREDES, Santiago A. (2020). “COVID-19 y contratación pública: un peligroso cóctel en España”. *Revista de Administración Pública*. Nº 213, págs. 373-403.
- ✦ CERRILLO I MARTÍNEZ (2018). “Contratación electrónica y transparencia: fundamentos necesarios de la contratación abierta”. *Cuadernos de Derecho Local*. Nº 48, págs. 121-149
- ✦ Comisión Europea (2017). Recomendación (UE) 2017/1805, de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública:
<https://www.boe.es/doue/2017/259/L00028-00031.pdf>
- ✦ GARCÍA ACEVES, Rafael (2021). “Protegiendo inversiones de la Unión Europea con Pactos de integridad. Guía para tomadores de decisiones sobre el monitoreo de contrataciones públicas”.
- ✦ GARCÍA MOLINERO Álvaro (2020). “Mis reflexiones sobre el alcance de algunos conceptos a tener en cuenta en la tramitación de emergencia: necesidad de interpretar y/o flexibilizar ciertos aspectos de la gestión y del control”. (artículo en línea). Fecha de consulta: 11 de enero de 2021:
<https://reflexionesdeuninterventor.wordpress.com/2020/03/29/mis-reflexiones-sobre-el-alcance-de-algunos-conceptos-a-tener-en-cuenta-en-la-tramita%E2%80%A6>
- ✦ GIMENO FELIU, José María (2016). “Una primera valoración del proyecto de Ley de Contratos Sector Público desde la perspectiva de la integridad y

prevención de la corrupción”. *Revista internacional de transparencia e integridad*. Nº 2 (septiembre-diciembre 2016), págs. 1-5.

- ✦ GIMENO FELIU, José María (2017). “Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*. Nº 7, págs. 45-67.
- ✦ GIMENO FELIU, José María (2020). “La crisis sanitaria covid-19 y su incidencia en la contratación pública”. *El Cronista del Estado Social y Democrático De Derecho*. Nº 86-87, págs. 42-53.
- ✦ GÓMEZ GUZMÁN, Juan Carlos (2015). “Transparencia en las compras públicas. Sobrecostos de los contratos”. *Revista española de la transparencia*, Nº. 0, págs. 51-64.
- ✦ GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (2019). “La transparencia como principio vertebrador de la contratación pública: significado y problemas de articulación normativa” *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*. Nº 12.
- ✦ JAREÑO LEAL, Ángeles (2017) “Conductas delictivas en materia de Contratación Pública”. *Revista internacional de transparencia e integridad*. Nº 5, págs. 1-6.
- ✦ Junta de Contratación del Estado. Informe 20/03, de 20 de junio de 2003. "Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre criterios interpretativos en la aplicación de la tramitación de emergencia prevista en el artículo 72 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas":<https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2003/Informe%2020-03.pdf>
- ✦ Junta de Contratación del Estado. Informe 21/16, de 27 de abril de 2017. “Exigibilidad en los contratos menores de la acreditación de capacidad y solvencia del empresario”:
<https://www.hacienda.gob.es/documentacion/publico/d.g.%20patrimonio/junta%20consultiva/informes/informes2017/web%2021-16%20%20capacidad%20y%20solvencia%20en%20contratos%20menores.pdf>

- ✦ MIRANZO DÍAZ, Javier (2019). “Los nuevos agentes de control en los procedimientos de compra pública: pactos de integridad y canales de denuncia”. GIMENO FELIÚ, J.M. *Observatorio de los Contratos Públicos 2018*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, págs. 329-358.
- ✦ MIRANZO DÍAZ, Javier (2020). “Publicidad activa y pasiva en los contratos públicos durante la crisis sanitaria del Covid-19”. *Contratación Administrativa Práctica*. Nº 169, págs. 3-12.
- ✦ MIRANZO DÍAZ, Javier (2020). “Reflexiones sobre la transparencia y la integridad en contrataciones relacionadas con el Covid-19”. Observatorio de Contratación Pública (artículo en línea) Fecha de consulta 20 de agosto de 2021: <http://www.obcp.es/opiniones/reflexiones-sobre-la-transparencia-y-la-integridad-en-contrataciones-relacionadas-con-el>
- ✦ OCDE (2015). Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional. Análisis del Delito de Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros, OECD Publishing: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264226654-es>
- ✦ OCDE (2017). Recomendación de la OCDE sobre integridad pública: <https://www.oecd.org/gov/ethics/recommendation-public-integrity/>
- ✦ Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. Informe Especial de Supervisión - Publicidad de los contratos tramitados por emergencia durante el estado de alarma derivado del Covid-19, de 23 de junio de 2020: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/COVID-19/ies-emergencias-2020/IES-emergencias-23062020.pdf>
- ✦ Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. Informe Especial de Supervisión de los contratos tramitados por vía de emergencia, de marzo de 2021: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/Covid-19/ies-emergencias-2021/IES-emergencias-2021.pdf>
- ✦ Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. Compendio de disposiciones sobre contratación pública durante la declaración del estado de alarma derivado del Covid-19, de 22 de junio de 2020: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/COVID-19/documentacion->

[COVID19/compendio-disposiciones-contratacion-publica-durante-estado-alarma-COVID19.pdf](#)

PADRÓN VILLALBA, Andrea (2020). “El mal uso y los abusos en la contratación de emergencia: para salir corriendo y no parar”. (artículo en línea)

Fecha de la consulta: 11 de enero de 2021: <https://hayderecho.com/2020/05/19/el-mal-uso-y-los-abusos-en-la-contratacion-de-emergencia-para-salir-corriendo-y-no-parar/>

- ✦ PASCUA MATEO, FABIO (2020). “La contratación administrativa ante la COVID-19”. *Revista de administración pública*. Nº 213, págs. 439-478.
- ✦ PINTOS SANTIAGO, Jaime y PÉREZ BRAVO, Jorge (2020). “Contratación pública y Covid-19. Normativa completa y tramitación de emergencia ante la crisis sanitaria”. *Gabilex Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*. Nº 21 Nº Extraordinario 2020, págs. 133 -184.