



Universidad
Zaragoza



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Trabajo Fin de Máster

Mapa de Riesgos de la legislación de contratos del sector público en el contexto de la ejecución de los fondos NextGenerationEU

Autor

Adrián Sánchez López

Director

Miguel Ángel Bernal Blay

Master Universitario de Derecho de la Administración Pública

2021

Índice:

Abreviaturas y Acrónimos Utilizados	3
I.- Introducción	5
II.- Los fondos Europeos Next Generation	7
II.I- Antecedentes	7
II.II- Real decreto-ley 36/2020, y su impacto en la contratación pública.	12
II.III. - Reglamento (UE) 2021/241	21
III.- Identificación de riesgos	22
III.I- Consecuencias de las actividades fraudulentas	25
IV.- La problemática del procedimiento. Fases de la vida del contrato público	26
IV.I- La preparación del contrato	27
IV.I.A- Informe de necesidad	28
IV.I.B- El presupuesto base de licitación: precio	30
IV.I.C- Criterios de adjudicación	33
IV.I.D- División del contrato	37
IV.I.E- Los pliegos.....	40
V.- La adjudicación del contrato.....	42
V.A- Prácticas Anticompetitivas y conductas colusorias de la competencia	43
V.B- Valoraciones sesgadas de las ofertas	46
V.C- Resolución Irregular	47
V.D- Ofertas anormalmente Bajas	49
V.E- El procedimiento simplificado	52
VI.- Fase de ejecución y Desarrollo de la vida el contrato	53
VI.I.- Condiciones especiales de ejecución.....	54
VI.II- Modificaciones contractuales injustificadas.....	55
VII.- El control de la actividad.....	57
VII.- El recurso especial en materia de contratación	59
VIII.- Conclusiones	63
Bibliografía:	70
Resoluciones y dictámenes	73
Jurisprudencia	74
Otros recursos.....	75

Abreviaturas y Acrónimos Utilizados

ADIF: Administrador de Infraestructuras Ferroviarias

AENA: Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea

AGE: Administración General del Estado

CCAA: Comunidades Autónomas

CP: Código Penal

DA: Disposición Adicional

DF: Disposición Final

DT: Disposición Transitoria

Eº: Estado

EELL: Entidades Locales

FEMP: Federación Española de Municipios y Provincias

JCCPE: Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

LCSP: Ley de contratos del Sector Público

LDC: Ley de Defensa de la Competencia

LPACAP: Ley del Procedimiento Administrativo Común de las

LRJSP: Ley del Régimen Jurídico del Sector Público

LTBG: Ley de Transparencia y buen Gobierno

ObCP: Observatorio de Contratación Pública

OC: Órgano de Contratación

OiReScon: Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación

OJ: Ordenamiento Jurídico

PCAP: Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares

PIB: Producto Interior Bruto

PPT: Pliego de Prescripciones Técnicas

PRTR: Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia

PYMES: Pequeñas y Medianas Empresas

SARA: Sujeto a Regulación Armonizada

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TACRC: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

TC: Tribunal Constitucional

TIC: Tecnologías de la información y comunicación

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TREBEP: Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

I.- Introducción

En la actividad administrativa es constante la necesidad de hallar un equilibrio entre las obligaciones de transparencia y control que garanticen la seguridad jurídica y las necesidades de agilidad y flexibilidad que dirigidas a la tramitación ágil y eficaz del procedimiento. La regulación del procedimiento administrativo común, así como las específicas de los distintos procedimientos, deben armonizar estos factores con el objetivo de garantizar que los procedimientos sean rápidos y eficaces a que a la vez respeten todas las garantías exigidas por el ordenamiento jurídico.¹

Esta situación de equilibrio, no obstante, se puede ver alterada en determinados supuestos como la actual tramitación de los fondos Next Generation. Estos fondos son una herramienta de recuperación que pretende ayudar a los estados miembros de la UE a reparar los daños económico-sociales derivados de la pandemia del coronavirus. Atendiendo a los datos del PRTR los fondos deben estar comprometidos antes de 2023 y ejecutados antes de 2026 por lo que se produce la alteración de esta situación de equilibrio que se viene exponiendo.

Los mecanismos de gestión de estos fondos serán contratos administrativos, convenios y subvenciones. En este trabajo me centraré por razones de materia y espacio exclusivamente en el área de los contratos. Considero de una dificultad especial el dotar a la tramitación de estos de la celeridad necesaria para poder ejecutar todos los expedientes que están sujetos a los plazos que establece la normativa europea pues es patente la escasez de recursos humanos especialistas en esta área que se ve complementada con una regulación compleja y de nueva implantación.

En lo referente a la legislación contractual con el objetivo de garantizar la integridad en la contratación pública, tanto en la derivada de la gestión de los fondos de la UE como en la contratación habitual del estado con la que va a coexistir esta, considero imprescindible desarrollar una actividad dirigida hacia la prevención. A los riesgos inherentes a la contratación pública, entendiendo actividad de riesgo, cualquier indicio de irregularidad, fraude, corrupción o cualquier conducta ponga en riesgo los principios establecidos en la normativa contractual se va a sumar la necesidad de tramitación a contrarreloj por lo que el margen de error humano va a ser considerablemente superior.

Por estas razones es objeto del presente trabajo la identificación de estos riesgos presentes en los procesos de contratación a través de la elaboración de un mapa de riesgos. A lo largo de las siguientes páginas se busca localizar, describir, categorizar, y establecer una jerarquía del conjunto de riesgos que las instituciones, doctrina y jurisprudencia han ido identificando. El resultado final será la elaboración de un mapa de riesgos, *“una herramienta que pretende identificar las actividades o procesos sujetos a riesgo, cuantificar la probabilidad de estos eventos y medir el daño potencial asociado a su ocurrencia”*² Esta se trata de una técnica muy extendida en el sector privado y en materias como la prevención de riesgos laborales o la protección de datos personales.

Esta misma técnica se puede aplicar en materia de contratación, que sería de gran utilidad no sólo como herramienta para prevenir los riesgos del procedimiento de contratación, sino también de mejora de la administración, permitiendo a los poderes públicos ejecutar una gestión pública más eficiente y eficaz logrando unos servicios públicos de mayor calidad.

Es necesario superar el estado de resignación, proceder a una identificación sistemática los riesgos con anterioridad al inicio de estas tramitaciones. Identificar los problemas habituales y los potenciales permitirá a la administración poder tramitar los expedientes con la celeridad necesaria sin tener que sacrificar los controles y exigencias que derivan del principio de seguridad jurídica. En el equilibrio esta la virtud, un procedimiento que garantizara la ejecución de todos los fondos en detrimento de los controles necesarios sería tan ineficaz como uno que garantizara un control absoluto a costa de rapidez de tramitación.

Por parte de las administraciones se ha ejecutado una política de anticipación, preparando todo aquello susceptible de ser trabajado con carácter previo a los propios procedimientos de adjudicación. Pero esto solo ha sido un primer paso del hercúleo esfuerzo que va a suponer la ejecución de estos fondos. Debe mantenerse esta actitud proactiva a lo largo de toda la tramitación pues no podemos permitirnos el perder el derecho a los fondos por no haberlos ejecutado.

¹ Muñoz Machado S. (2015) Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Agencia estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid.

² Rodríguez López. M., Piñero Sánchez C., de Llano Monelos .M (2013) Mapa de riesgos: identificación y gestión de Riesgos. Publicado Atlantic Review of Economics – 2nd volumen.

II.- Los fondos Europeos Next Generation

El Consejo Europeo aprobó el 21 de junio de 2020 la creación del programa NextGenerationEU que aportará un importe de 750.000 millones de euros a los estados miembros de la unión europea. Estos fondos son un instrumento concebido para impulsar la recuperación de los estados de la UE tras la crisis sanitaria originada por el COVID-19 y reforzar la economía de los mismos a través del impulso de sectores estratégicos como el impulso de la inversión privada y de las PYMES creando un mercado único más fuerte y resiliente.

Para poder absorber estos fondos los estados miembros deben proponer un paquete de proyectos (no se trata de un cheque en blanco a los estados para que distribuyan el dinero de acuerdo a criterios nacionales, sino que deben presentarse proyectos que deberán ser aprobados en Europa). Para ejecutar los fondos deben elaborar un plan nacional de recuperación y resiliencia que exponga sus programas de reformas e inversiones para el periodo (2021-2023) los cuales serán evaluados por la comisión en el plazo de 2 meses desde su presentación y posteriormente elevados al consejo para su aprobación. En España ese plan nacional ha tomado forma en el plan de recuperación, transformación y resiliencia “España Puede”.

II.I- Antecedentes

El estado va a ser el receptor de la inversión europea. El plan de recuperación se tramitará a través de las leyes de presupuestos generales del estado que se dicten en los años sucesivos y que serán el instrumento mediante el que se incorporarán estos fondos al escenario nacional. Una vez estén en manos del estado, será el gobierno central quien articulará la distribución de los mismos. Este escenario encuentra semejanzas con experiencias previas de gestión fondos. Moreno Molina³ señala que un escenario muy similar fue el que se contempló en su momento en el Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, que creó un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo. El objeto del mismo era el aumento de la inversión pública en el ámbito local mediante la financiación de obras de nueva planificación, con el fin de crear empleo. Las semejanzas son evidentes, unos fondos destinados a financiar proyectos que

³ Moreno Molina J.A (2021) Las insuficientes medidas de simplificación y agilización de la contratación pública recogidas en el Real Decreto Ley 36/2020. Publicado en el Observatorio de contratación pública.

sean planteados por los privados a través de la regulación de subvenciones y contratación pública que buscaba no solo el efecto directo de financiación de proyectos, sino también incentivar el desarrollo de las TIC en las entidades locales y la creación de empleo derivada de estos procesos un win-win-win. Sin embargo, señala el tribunal de cuentas⁴ que en el desarrollo de la ejecución de estos fondos no se cumplió con las obligaciones de supervisión y de levantar acta de replanteo de obra o que en los casos en que sí que se cumplía con estas, se realizaba de forma extemporánea por lo que la misma devenía en una total ineficacia. Se ejecutaron fondos sí pero no se garantizaban las condiciones necesarias para que los contratos se ajustaran a la realidad por lo que los objetivos que buscaban satisfacer estos planes quedaron. Los informes del tribunal de cuentas al respecto de estos fondos terminan con una serie de conclusiones que creo interesante recalcar:

La normativa reguladora de estos fondos (RDL 9/2008 de 28 de noviembre) estableció como uno de los criterios para conceder estos fondos la creación de empleos. El problema fue que no exigía que se valorase como criterio de adjudicación la ratio de creación de nuevos puestos de trabajo respecto al número de días de trabajo, por lo que en las licitaciones recibían una puntuación mayor aquellos licitadores que contrataran a más trabajadores independientemente del tiempo que estos permanecieran contratados. Las consecuencia de este error fue que se produjeran desviaciones a la baja entre el número de puestos de trabajo comprometidos en la adjudicación del contrato y su ejecución real de manera que se crearon cantidad de puestos de trabajo con una duración determinada que no abarcaba ni siquiera un 10% de la duración del contrato, además en el 70% de los expedientes de contratación de obras con cargo a este fondo no se acreditó la necesidad pública de la inversión y en el 30% no se incluyó el precio como criterio de valoración. Los entes locales al tener asegurada la financiación no tenían interés directo en que se produjeran bajadas de precio en las adjudicaciones de contratos, por lo que un 53% de los contratos se adjudicaron por el importe máximo de la licitación.

Ante este contexto la comisión mixta elaboró una resolución⁵ instando al gobierno a: *“promover las normativas oportunas dirigidas a evitar en el futuro la aprobación de*

⁴ Referencias y datos de los informes del tribunal de Cuentas 948 de 26 de septiembre de 2012 y 982 de 25 de abril de 2013

⁵ Resolución de 12 de marzo de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de las contrataciones desarrolladas por las Entidades

disposiciones y programas destinados a la financiación de obras públicas que repercutan negativamente de manera significativa en el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. instar a las entidades locales que hayan ejecutado inversiones financiadas con cargo al Fondo Estatal de Inversión Local, creado por el Real Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre, y que no se encuentren aún en funcionamiento, a que pongan a disposición del uso público en el más breve plazo posible las inversiones realizadas.... Proporcionar apoyo a las entidades locales, especialmente a las de menor dimensión, para su plena incorporación al uso de las tecnologías de la información y la comunicación, adoptando las medidas oportunas para que las diputaciones provinciales presten la asistencia que precisen aquellas entidades locales que lo soliciten, respetando en todo caso los principios de disponibilidad presupuestaria y de contención de los gastos de personal vigentes en cada momento.”

Así como insta a las entidades locales a “**Efectuar una adecuada planificación de los proyectos de obras a realizar, especialmente en aquellos supuestos en los que la financiación otorgada por terceros esté condicionada al cumplimiento de determinados requisitos, como es el caso, en donde el objetivo de generación de empleo, principal objetivo de la constitución del Fondo, no se respetó por las Entidades Locales, ni en cuanto a los criterios de selección de los proyectos, ni en lo que respecta a su efectivo seguimiento. Realizar, con carácter previo a la aprobación de proyectos de obras, un análisis previo de su necesidad y de la viabilidad financiera de su mantenimiento en el tiempo, para evitar la demora en la entrada en funcionamiento de las obras que, aún subvencionadas por terceros, su puesta en marcha no pueda ser financiada por la Entidad, tal y como denuncia el Tribunal de Cuentas en algunos de los proyectos subvencionados. Tomar las medidas necesarias para garantizar un estricto cumplimiento de la normativa reguladora de la contratación”**.”

Este escenario expuesto no dista en exceso del que se está preparando actualmente para los Fondos NG. Las recomendaciones transcritas son perfectamente aplicables, el control de gasto de acuerdo a la estabilidad presupuestaria y financiera, la adecuada planificación de los proyectos a ejecutar y la realización de análisis previos, son algunas de las acciones claves que deben observarse para la ejecución de los fondos europeos.

El estado mediante los presupuestos generales del estado debe articular los procedimientos de adjudicación de contratos y los planes de colaboración tanto público-público con convenios con las comunidades autónomas y entidades locales como público-privada con empresas de manera que todas las convocatorias, concursos y planes de colaboración estén coordinados y todos ellos vayan en una misma línea de actuación.⁶ Queda claro el protagonismo que va a ostentar la AGE respecto a la gestión de estos fondos pero al mismo tiempo y esto conlleva una exigencia de mayor control. En su papel de distribución y coordinación no debe excederse de las potestades que la constitución le atribuye como propias (art 149). Como se ha ido exponiendo la gestión debe ser horizontal implicando a todas las administraciones territoriales, será muy importante esa coordinación de esfuerzos para trabajar en una misma línea con el objetivo de ejecutar todos los fondos.

Como menciono va a tener una especial relevancia la colaboración público-privada. De hecho, esta colaboración puede ser especialmente beneficiosa como señala Aznar López M que expone el papel especialmente beneficioso que tiene la CPP, *“Es interesante añadir la ventaja que pueden presentar las fórmulas de CPP en el ámbito contable, ya que no es ni mucho menos desdeñable. En efecto, en el marco contable de la Unión Europea (SEC 2010), la participación pública en una CPP puede no ser registrada, siempre que cumpla determinadas condiciones, como partida de balance, lo que constituye un incentivo para su utilización, puesto que contribuye al cumplimiento de los denominados «criterios de Maastricht». En tal sentido, bajo determinadas condiciones, la operación no afectará al objetivo de estabilidad presupuestaria, ni al endeudamiento del sector público”*⁷ La propia unión europea está estableciendo facilidades a la hora de optar por la colaboración público-privada, apostando por los beneficios tanto directos como indirectos que ofrece esa modalidad, tanto el aporte de profesionales formados y experimentados a la administración, como el apoyo económico a estas empresas que pueden mediante estas colaboraciones obtener fructíferas líneas de negocio, como mencionaba en epígrafes anteriores esta modalidad de gestión es otro win-win. Pero para que todo surta los efectos esperados debe

Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre.

⁶ De acuerdo a la exposición publicada por el gobierno Plan de recuperación, transformación y resiliencia, preguntas y respuestas. PlanEspañaPuede.

⁷ Aznar Lopez M. (2018) La colaboración público-privada y su fiscalización. Revista Española de Control Externo

regularse de antemano mediante una normativa que permita satisfacer los intereses de los actores implicados.

Deben tomarse medidas previas para poder crear esa dinámica sana de colaboración público-privada, los poderes públicos deben empezar cuanto antes a corregir las disfunciones de nuestro modelo de cooperación público-público, no podemos pretender una colaboración sana con terceros privados cuando no hemos sido capaces de establecer una colaboración eficaz entre los distintos poderes públicos. La brújula que debe guiar toda la actividad va a ser la planificación estratégica, que implique una eficaz cooperación interadministrativa que garantice un control adecuado y una rendición de cuentas y definición clara de las responsabilidades de cada uno. Con este objetivo en mente algunas de las medidas que buscan solventar las dificultades son la constitución de una comisión interministerial semejante a la comisión nacional de administración local, de una unidad de seguimiento del fondo en la presidencia del gobierno, reactivación de la conferencia sectorial de fondos europeos con las comunidades y ciudades autónomas, la creación de un secretariado permanente de la conferencia de presidentes, promover el diálogo social entre el gobierno y agentes sociales, mediante la activación consejos consultivos en los principales sectores implicados, reforzar el papel del ministerio de política territorial y función pública en la conferencia sectorial de administración pública y en la conferencia sectorial para el PRTR, incorporar el Fondo de recuperación a los trabajos de las conferencias de presidentes integrando en las mismas a las entidades locales.

La participación de los distintos poderes públicos se articulará a través de convenios con los ministerios implicados y respecto a las entidades locales, tendrán una participación activa en la propuesta y desarrollo, para lo que se articularán mecanismos de colaboración que pongan a su disposición parte de los fondos. Debe evitarse la politización de los fondos, y buscar la mediación y el aprovechamiento. Por parte de las CCAA y EELL debe imperar la idea de unidad de actuación, no se puede permitir que se cree un escenario de competencia en el que cada nivel territorial vela por su propio interés intentando resultar adjudicatario de la mayor cantidad de dinero de estos fondos como sea posible en detrimento de los demás. Para ello deben imponerse medidas tendentes a la consecución de resultados globales, la creación umbrales máximos para las entidades más potentes como pueden ser las CCAA o los gobiernos de las grandes ciudades y proporcionar medios suficientes a las entidades locales de menor entidad para que también puedan elaborar y hacer llegar sus propuestas.

La labor del estado va a ser decisiva en este aspecto y considero que debe prepararse de antemano y crear un diálogo con los distintos representantes de estas entidades mencionadas a fin de ir sentando ya la base de la que debe ser una competencia sana y estructurada. Debemos aprender de nuestros errores, estos fondos NG no pueden configurarse como un nuevo PLAN E ni articularse como una suerte de fondos a incorporar como créditos extraordinarios del presupuesto del estado.

II.II- Real decreto-ley 36/2020, y su impacto en la contratación pública.

Parte de los instrumentos de ejecución de los fondos los contratos administrativos se van a regular a través de los procedimientos establecidos en la LCSP. Pese a la extensión de esta norma, ha sido calificada, tanto por los poderes públicos como por la doctrina, de insuficiente para poder llegar a los objetivos que pretenden satisfacer los fondos europeos. Esta situación obliga a repensar algunas de las técnicas jurídicas de la contratación pública que promuevan la eficacia en la gestión dotando a los procedimientos de nuevas técnicas que los doten con la agilidad y eficiencia necesarias y cuyo objetivo consista en la calidad de la prestación. La experiencia de la crisis sanitaria nos ha aportado la visión de que el fin de la contratación pública es la satisfacción del interés público a través de la calidad en el servicio y la inversión estratégica en contraposición a la tendencia de búsqueda del menor gasto que venía imperando desde las últimas crisis financieras. Entre los mecanismos que se pretenden implementar están la detección previa de los cuellos de botella administrativos y regulatorios, así como la realización de un diagnóstico previo de los recursos precisos para hacer frente a la gestión de los fondos. No es nada nuevo el hecho de que los medios de que dispone la administración son limitados. Sin perjuicio de que para la recepción de fondos se van a recibir partidas presupuestarias destinadas a ampliar plantillas y medios, lo más importante será plantear una estrategia para obtener el máximo rendimiento de los medios disponibles a la vez que se introducen previsiones normativas permanentes o no que vengán a solventar o a plantear alternativas a las partes del procedimiento que tradicionalmente suponen un mayor obstáculo en la tramitación. El estado debe aprender de los errores pasados y articular las medidas necesarias para evitar que se repitan.⁸

⁸ Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia, Componente 11 Modernización de las administraciones públicas.

La medida tomada por el gobierno para adecuar la normativa de contratos actual a las necesidades derivadas de los fondos europeos es el Real Decreto Ley 36/2020 por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Los proyectos financiados se vienen a sumar a la actividad cotidiana y ordinaria de la administración. No se produce una sustitución, sino que todos los expedientes derivados de estos fondos se suman al tráfico habitual. En el aspecto de personal considero interesante la idea crear algún tipo de oficinas especializadas para la gestión de los proyectos y evaluar si con el personal disponible resulta suficiente o necesitamos echar mano de la iniciativa privada y contratar oficinas técnicas externas que ayuden en la parte técnica de la tramitación de estos procedimientos.

La finalidad de la norma es la celeridad del procedimiento y la prioridad de despacho del mismo. Hay que tener en cuenta que España fue el tercer país europeo con menor porcentaje de gestión de los fondos comunitarios del marco Financiero Plurianual 2014-2020 y que solo fuimos capaces de justificar el 39% de los recursos disponibles⁹

El profesor Miguel Ángel Bernal Blay¹⁰ menciona algunas de las **medidas específicas en materia de contratación pública**, no todas serán medidas generales sino exclusivamente aplicables a aquellos contratos financiados con los fondos Next Generation, pero sí que hay algunas novedades que tienen vocación de permanencia y que son implementadas con la entrada en vigor del RDL:

Procedimiento: tramitación urgente de los expedientes, elevación de umbrales para procedimiento abierto simplificado tanto abreviado como ordinario (hasta umbrales de contratos SARA) Elaboración de pliegos tipo de contratación y celebración de contratos marco por el ministerio de hacienda en el ámbito de la asistencia técnica, la consultoría y la auditoría.

Organización: encargos a medios propios sin límite para que estos subcontraten prestaciones (ahora máximo 50% del importe del encargo, art. 32.7b LCSP),

⁹ Datos de la exposición realizada por La dirección General de Administración Local publicada en enero del corriente con título Las EELL ante los Fondos Europeos MFP y NG del RDL 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la administración y para la ejecución del plan de recuperación, transformación y resiliencia.

Gobernanza: instrucciones de la junta consultiva de contratación pública del Estado para coordinar la aplicación de las especialidades, obligatorias para el sector público estatal.

Garantías y controles: Reducción de plazo de recurso especial en materia de contratación a 10 días naturales (ahora 15 días hábiles) siempre que el procedimiento se haya tramitado de forma electrónica. Ampliación de vocales del TACRC”

La Oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación ha detallado los puntos clave de la nueva regulación que expondré a continuación¹¹:

El RD 36/2020 en su artículo 48 declara que será de aplicación la tramitación de urgencia y despacho prioritario de todos aquellos expedientes que impliquen ejecución de gastos con cargo a los fondos PRTR, sin necesidad de que el órgano motive esta urgencia, con el fin de reducir con carácter general los plazos a la mitad. Frente a esta potestad se establece el deber de los poderes públicos de examinar si la situación de urgencia impide la tramitación ordinaria de los procedimientos de licitación que será conditio sine qua non para poder aplicar esta urgencia. Ese informe de motivación deberá demostrar la imposibilidad a la que hace referencia el precepto, esa situación en la que la aplicación de la tramitación ordinaria hace que el contrato devenga en ineficaz, que, de cumplir los mencionados plazos, la situación de necesidad a la que pretende hacer frente el contrato no pueda ser satisfecha. En este caso cabe suponer que la referencia está hecha respecto a los plazos de tramitación ordinaria de los procedimientos de contratación según la LCSP que de aplicarse causarían la imposibilidad de cumplir los plazos impuestos por los fondos del PRTR, por lo que podríamos encontrarnos de facto con una habilitación ex lege para utilizar este procedimiento en todos los contratos que se financien con estos fondos.

Lo que ha hecho el legislador es exigir esa declaración expresa y debidamente motivada que deberá contenerse, en el expediente del contrato, y en el anuncio de licitación y que en todo caso garantice la aplicación de las exigencias de los principios de no discriminación, igualdad de trato y proporcionalidad, intentando alcanzar el mayor grado de transparencia posible. Si el objetivo hubiera sido reducir los plazos de todos los procedimientos, se habría

¹⁰ Intervención del profesor Bernal Blay en el Webinar sobre fondos Next Generation celebrado el 26 de noviembre de 2020 Webinar La gestión de los fondos Next Generation UE a través de contratos públicos.

¹¹ Guía básica del plan de recuperación, transformación y resiliencia, documento de vocación periódica que pretende aclarar los puntos clave de la nueva regulación publicada el 1 de junio de 2021.

establecido una reducción general para todos los contratos que se financien con fondos europeos. La intención del legislador ha sido establecer una vía auxiliar que de facilidades a aquellos procedimientos en los que estas reducciones puedan resultar necesarias.

Esta reducción de plazos no se aplicará en la adjudicación de los contratos de concesiones de obras y concesiones de servicios sujetos a regulación armonizada cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación utilizado, no siendo los plazos susceptibles de reducción alguna, entiendo la motivación detrás de esta medida como una forma de mantener los controles habituales sobre estos tipos contractuales que tienen por objeto la gestión de servicios públicos. Y considero acertada esta decisión y suficientemente justificada en el hecho de que la gestión de los servicios públicos es una cuestión más compleja que la mera prestación de servicios a la administración, unas obras o un suministro. Como menciono el objetivo es reducir plazos en los contratos en los que esta circunstancia pueda suponer una ventaja sin embargo la aplicación a estos tipos contractuales, puede a la larga acarrear más perjuicios que beneficios por lo que considero acertada esta decisión.

Y es que esta reducción de plazos no es un asunto baladí, de manera que ha terminado siendo objeto de un estudio concreto por parte de la **Junta Consultiva¹² de Contratación Pública del Estado¹³** que consideró oportuno adoptar una instrucción sobre la tramitación de urgencia de los contratos financiados con estos fondos. Esta instrucción, vinculante para todos los órganos de contratación del sector público estatal reafirma la **necesidad de prioridad y agilidad** y además de dar el visto bueno a la reducción de plazos, pero matiza que no es una habilitación ex lege la que contempla la norma, sino que deben cumplirse unas condiciones muy precisas cuya interpretación informa la Junta. Esta medida, se aplicaría exclusivamente a la tramitación de contratos financiados con los fondos del plan de recuperación, transformación y resiliencia, con el fin de que sean tramitados estos con prioridad frente a aquellos que forman parte del tráfico habitual de las administraciones públicas. La justificación de la misma está clara pues estos buscan la regeneración de la economía y tienen plazos prescriptivos que no pueden excederse pues de otra forma se perdería el derecho a los mismos. No es necesario que estos contratos estén sujetos a

¹² El artículo 57 del RD 36/2020 señala la función de esta junta como encargado de resolver las dudas que se puedan plantear sobre la interpretación de las normas sobre contratación pública del RD-Ley a la vez que habilita a la misma para dictar instrucciones necesarias para la coordinación.

regulación armonizada, ni que el contrato sea tramitado por la vía de urgencia. Es el órgano de contratación quien debe apreciar esa imposibilidad de aplicar el procedimiento ordinario respecto a cada contrato y justificar de facto la misma (no se puede hacer una declaración general).

Una labor aclarativa similar fue realizada por la propia comisión europea¹⁴ que, mediante nota aclaratoria, se pronuncia sobre la posibilidad de optar por dos vías distintas para tramitar los contratos públicos en situación de urgencia.

La primera de las vías propuestas por la comisión es sobre aquellos que la situación de extrema urgencia es tal que resulta imposible su cumplimiento. Es el supuesto de situaciones sobrevenidas e imprevisibles (casos de Fuerza mayor en nuestro OJ en el que se califica como tramitación de emergencia art 120 LCSP). Caso de los contratos adjudicados durante la crisis sanitaria y de los contratos del art 168.b) 1º LCSP (procedimientos negociados sin publicidad por razón de imperiosa urgencia. Este es el caso por el que optó la Comunidad Valenciana que en la DA 5 de la Ley 3/2020 establecía *Las actuaciones que se realicen con cargo a los fondos de reconstrucción COVID-19, se considerarán de emergencia a los efectos previstos en el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se trasponen 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.*

Esto suponía esa declaración ex lege de tramitación de emergencia para cualquier contrato con el único requisito de que fuera financiado mediante los fondos del PRTR. Sobre este precepto considero ilustrativo el análisis publicado por la profesora Gallego Córcoles¹⁵ que critica la falta de adecuación de esta medida al derecho comunitario, al carecer de fundamento en directivas y en el reglamento que regulan los contratos derivados del PRTR, así como la falta de adecuación al derecho nacional al vulnerar lo dispuesto en el RDL 36/2020 que no contempla habilitación de la modalidad de contratación de emergencia y la falta de oportunidad de la misma y la ausencia de beneficios que esta supone (al permitir al

¹³ Instrucción de 11 de marzo de 2021 de la junta consultiva de contratación pública del estado sobre la tramitación de urgencia de los procedimientos de licitación de los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del plan de recuperación, transformación y resiliencia.

¹⁴ Nota aclaratoria de la Comisión Europea “Projects financed from recovery funds: shortening of time limits in public procurement procedures”

órgano de contratación prescindir de tramitar expediente de contratación ni ajustarse a los requisitos de la LCSP).

La segunda opción es aquellos en que procede la tramitación de un procedimiento acelerado cuando exista una situación de urgencia, que cumpla con los criterios expuestos previamente, plazos ordinarios conviertan en estéril el contrato y justificación debidamente motivada por parte del órgano. Recuerda la comisión que pese a la necesidad de rapidez de gestión que justifica la aplicación de procedimientos de urgencia, incluso considerando la restricción de esto a los contratos financiados con los fondos de transformación y resiliencia, el uso de esta tramitación (como establecían en su momento las directivas) es una excepción. La comisión concluye que *“Aunque pueda justificarse una urgencia general en la necesidad de actuar con rapidez en la recuperación económica, la Comisión considera que el recurso a la tramitación de urgencia únicamente cabe en los casos en que los plazos ordinarios sean realmente impracticables para tramitar el procedimiento, y todo ello amparándose en la eventual merma de la competencia que ello puede suponer, especialmente en el caso de las pequeñas y medianas empresas, en el obligado respeto de los principios de concurrencia, transparencia, igualdad de trato y no discriminación y en la necesidad de salvaguardar los acuerdos de la UE en materia de gobernanza en la contratación pública.”*

En este sentido la JCCPE considera suficiente la cláusula que ya contiene la LCSP (art 119) que ya contiene la necesidad de motivación, aunque nuestra norma, extienda la posibilidad mediante el interés público. Complementando esta afirmación resulta interesante un informe de la Junta Consultiva de contratación Administrativa de Cataluña¹⁶ en un supuesto en el que se les solicitaba el mencionado informe sobre la posibilidad de considerar razón de interés público que hace precisa la aceleración de la adjudicación de un contrato, a efectos de la tramitación urgente del expediente, el interés económico en recibir o no perder fondos procedentes de una subvención destinados a su financiación. Esta junta consideró que los motivos habilitantes para poder tramitar de urgencia un expediente son que se trate de contratos que se celebren por una necesidad inaplazable o que la adjudicación se deba acelerar por razones de interés público y que *“El interés económico*

¹⁵ Gallego Córcoles (2021) Oscuros atajos en la gestión de los fondos de recuperación: la tramitación de emergencia. Publicado en el Obcp

de una administración en recibir o no perder fondos procedentes de una subvención destinados a la financiación de un contrato puede considerarse un interés público que habilita la tramitación urgente de un expediente para acelerar la adjudicación, en la medida en que la indeterminación del concepto de interés público posibilita la inclusión, teniendo en cuenta que el abreviamento de los expedientes de contratación que deriva de esta forma de tramitación afecta, mayoritariamente, a sus trámites internos, quedando salvaguardadas las garantías esenciales de los procedimientos de contratación pública.

En todo caso, más allá de la necesaria concurrencia de un efectivo interés público, con carácter previo a la eventual tramitación de urgencia de un expediente de contratación, habrá que ponderar, atendiendo a las circunstancias que se den en cada caso concreto, el interés público concurrente con el respeto a los principios que rigen la contratación pública.” Terminaba el informe señalando que la tramitación de urgencia, derivada de esa necesidad de celebrar el contrato venía condicionada a la ejecución exclusivamente, y que por tanto no procedería una aplicación de urgencia en la fase de preparación y adjudicación. Considero que esta argumentación puede aplicarse de una forma directa a los fondos NG, que tienen unos plazos tanto para el compromiso del gasto como para la ejecución de los mismos y por tanto esa propia naturaleza suya es la que permite y de hecho exige que sea posible aplicar esta modalidad.

El art 50 del RD 36/2020 presenta ese carácter potestativo, permite aplicar las especialidades que el órgano estime pertinentes sin necesidad de aplicar todas de forma simultánea. Se establecen diferencias entre las reglas que establecen plazos máximos o mínimos admitiendo otros menores o mayores y otros plazos (como el trámite de audiencia) que no pueden ser objeto de modificación.

Mientras que ha existido un acuerdo unánime respecto a la necesidad de algunas reformas, la doctrina ha cuestionado algunas otras. Una de las principales cuestiones reside en la decisión de si estas reformas deben circunscribirse exclusivamente a los contratos que se financien con fondos procedentes del PRTR, o si deberían aplicarse a todos los contratos. Los mismos órganos van a tramitar los contratos financiados y los propios del tráfico habitual de la administración y no se puede negar que de una forma más o menos directa

¹⁶ Informe 3/2018 de 20 de abril de la Junta Consultiva de contratación administrativa de la Generalitat de Catalunya

esto va a acarrear que la prioridad de los financiados va a conllevar un detrimento para aquellos que no. Va a ser especialmente relevante la dirección de esta actividad, si efectivamente se da la máxima prioridad a los contratos financiados y los restantes encuentran trabas y retrasos, esto va a incidir de una forma indirecta sobre los fines que los contratos financiados persiguen y viceversa. El Real Decreto Ley 36/2020 circunscribe la mayoría de sus disposiciones exclusivamente a los contratos que se financien con fondos del PRTR, salvo excepciones (art.53) pero no solo hay que considerar los efectos nocivos directos de esta situación pues hay que considerar también que los gestores públicos tendrán que aplicar regímenes jurídicos distintos para los contratos públicos, en función del origen de su financiación. A lo que habrá que sumar las especialidades propias del régimen de contratación de las comunidades autónomas y las regulaciones específicas para los contratos financiados que las mismas hayan establecido. De forma que habrá gestores que se encontrarán en una situación en la que van a tener que contemplar un mínimo de 4 normativas distintas a la hora de preparar un contrato.

Por su lado las comunidades autónomas han ido desarrollando normativas espejo de este RD Ley destinados a simplificar y agilizar dentro de sus competencias los procedimientos de contratación que les correspondan. Recordamos que recientemente el gobierno central acordó que las comunidades autónomas gestionarían un 55,5% del presupuesto que recibirá el estado en 2021. De hecho, en este sentido se aprobó la modificación del RD Ley 5/2021 de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19, por la que se permite a las Comunidades Autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla ampliar los sectores y empresas que podrán beneficiarse de la línea de ayudas directas a autónomos y empresas dotado con 7.000 millones de euros.

La acción de las comunidades autónomas no se ha hecho de esperar, alguna incluso se adelantó a estas circunstancias. Ejemplos de esta acción autonómica son el Decreto-ley 5/2021, de la Generalitat de Cataluña, el Decreto-ley 3/2021, de la Comunidad Autónoma de Andalucía y sus homólogos en las Comunidades autónomas de Galicia, Extremadura, Canarias, Valencia, Baleares, Navarra y Castilla La Mancha. Destaca así mismo la Ley 1/2021 de simplificación administrativa de Aragón que tiene por objeto art 1 de la misma *“establecer medidas de simplificación administrativa para promover la mejora de los procesos regulatorios, de gestión y la organización de la Administración de la Comunidad*

Autónoma de Aragón y su sector público.” No solo de la contratación administrativa sino una reforma semejante a la pretendida por el RD Ley 36/2020 en el ámbito normativo, procedimental y organizativo pues no solo es precisa la simplificación del procedimiento y de la norma. Sino que las comunidades autónomas, así como las entidades locales en incluso mayor medida deben adecuar estos procedimientos a la vez que adecúan los medios personales y materiales que son precisamente el objeto a mejorar con estos fondos.

En la actualidad ya hay algunas medidas que, con el mismo propósito que trae la nueva regulación, fueron implementadas por la LCSP con la finalidad de facilitar la tramitación de los procedimientos de contratación y dotar de mayor celeridad a los mismos. La creación del perfil del contratante que permite agrupar toda la información y documentos relativos a un procedimiento y a la vez asegura la transparencia y acceso público a los mismos (art 63), cuestiones relativas a la contratación electrónica y a las notificaciones electrónicas (DA15 – DA17) o la incorporación de forma transversal y preceptiva de criterios sociales y medioambientales que guarden relación con el contrato son algunas de las previsiones establecidas con la actual ley que favorecerán la tramitación de estos fondos¹⁷. Otras herramientas que contribuirán a esa vocación de celeridad son las previsiones referidas a los convenios interadministrativos que abren una posibilidad de contratación conjunta de proyectos (art 31.2 LCSP) para el Eº, las CCAAs o las EELLs. Esta potestad conlleva un deber de colaboración político-administrativa de encontrar puntos de convergencia de promover proyectos que satisfagan los intereses de los distintos niveles territoriales. Considero que esto puede convertirse en una espada de doble filo, la contratación conjunta puede favorecer la promoción de proyectos a nivel supraautonómico, como podría ser la mejora tan demandada de infraestructuras de transporte ferroviario de pasajeros, pero atendiendo a la trayectoria de nuestro país en cuanto a colaboración interadministrativa, se puede observar la dilatación de estos procedimientos en el tiempo por encima de los que son tramitados por una sola administración.

El ámbito subjetivo del RDL 36/2020 (art 2.1) establece que el mismo “es de aplicación a las entidades que integran el sector público de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público”, en donde se recoge entre otros a

¹⁷ Canales Gil, A, Huerta Barajas J.A. (2018) Comentarios a la ley 9/2017, de contratos del sector público. Madrid. Boletín Oficial del Estado.

las Entidades que integran la Administración local. En referencia a estas entidades artículos como el 13.2.2 o el 19.2 tratan de asegurar la coordinación de todas las entidades territoriales con los ministerios, organismos públicos, CCAA y EELL y el 37.4.4 que regula los ingresos por transferencias que la EELL reciban de la AGE, estableciendo la obligación de afectar los mismos a los proyectos o líneas de acción que se integren dentro del PRTR y al reintegro de las cantidades no invertidas o derivadas de incumplimientos de los objetivos, que establece que las entidades del sector público estatal, autonómico y local deberán remitir periódicamente, información sobre el seguimiento de la ejecución contable de los gastos imputados a proyectos o iniciativas del PRTR.

La pandemia ha puesto de relieve la necesidad de reforzar nuestro procedimiento de contratación de manera que permita agilizar la provisión de mejores instalaciones y recursos no solo en momento de urgencia como el vivido sino para cualquier necesidad que justifique esa necesidad de celeridad. La colaboración con el sector privado, debe ser considerada como una oportunidad de mejora.

II.III. - Reglamento (UE) 2021/241

El Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Esta norma ha sido la respuesta de las Instituciones europeas para apoyar financieramente a los Estados miembros para llevar a cabo reformas sostenibles e inversiones públicas que de forma que a su vez supongan una ayuda para hacer frente a los daños causados por la crisis del COVID-19.

El ámbito de actuación del mecanismo que establece este reglamento se estructura en torno a seis pilares, *la transición ecológica; la transformación digital, un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, que incluya la cohesión económica, el empleo, la productividad, la competitividad, la investigación, el desarrollo y la innovación, y un mercado interior que funcione correctamente con pequeñas y medianas empresas sólidas; la cohesión social y territorial, la salud y la resiliencia económica, social e institucional, con miras a, entre otras cosas, aumentar la capacidad de respuesta y la preparación ante las crisis; y políticas para la próxima generación, la infancia y la juventud, tales como la educación y el desarrollo de capacidades.*

El objetivo del mecanismo no es reparar los daños causados de forma directa, sino proporcionar a los estados herramientas tendentes a la mejora de una serie de ámbitos

concretos de manera que la susodicha mejora y el beneficio económico derivado de su implementación y funcionamiento proporcionen no solo la oportunidad de reparar el daño, sino de estar mejor preparados para otra situación de crisis que pudiera afectar a la unión.

III.- Identificación de riesgos

El campo de la contratación pública todavía es un **área inexplorada**, a este respecto sólo están disponibles algunas aportaciones de juristas, economistas, y expertos en estadística, mientras que casi no se encuentran contribuciones de expertos en derecho laboral, criminólogos, políticos, sociólogos, matemáticos o informáticos, cuyo punto de vista debe ser traído a colación en base a poder ejercer una mayor observancia de los problemas indirectos derivados de este fenómeno.

La doctrina y autores como Teresa Medina, Miguel Ángel Bernal o José María Gimeno Feliu, a este respecto sostienen que deben ser las normas administrativas las que lleven a cabo una reforma en profundidad, implantar una nueva gobernanza pública que incorpore como paradigmas de gestión la eficacia, eficiencia e integridad y que para ello estas deben **extenderse a los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales** en tanto reciban financiación pública mayoritaria.

La idea detrás de la detección de los riesgos de la contratación no se circunscribe exclusivamente a detectar los focos de corrupción pública, sino a garantizar que desde las propias instituciones se fomenten los principios de transparencia y objetividad que garanticen un procedimiento accesible para cualquier potencial licitador, bajo una seguridad jurídica que permita crear una competitividad sana. Sin embargo, en España esta materia se ha caracterizado por un déficit de transparencia y de concurrencia como regla general. Bajo la argumentación de que existe “mucha burocracia” y hay que ser “ágil”, las distintas normas reguladoras de la materia contractual han contenido previsiones y preceptos en contra de los principios de transparencia, integridad y buen gobierno, que han amparado la opacidad y, por ende, prácticas clientelares muy alejadas de los principios inherentes a la contratación pública y a la actuación administrativa.¹⁸ Reflejo de estas conductas es el artículo 64 de la actual LCSP que encomienda a los órganos de contratación la tarea de *“tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la*

¹⁸ Gimeno Feliu. J.M (2017) Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública ponencia presentada en I Jornadas Sobre nuevos escenarios de la contratación pública.

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.” El apartado segundo del artículo matiza un concepto de suma importancia como es el conflicto de interés para el que establece la fórmula “cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación. Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación”

Se puede observar por lo expuesto que este precepto se divide en dos partes, una obligación de hacer al órgano de contratación, al que impone un deber de actuar en post de prevenir las conductas fraudulentas y solucionar los conflictos de intereses con la finalidad de evitar falseamientos de competencia y de garantizar la transparencia y la igualdad de trato a todos los licitadores en el procedimiento.

Y una segunda parte, relativa a la configuración del conflicto de intereses este artículo incorpora una definición, que abarca todo el rango de riesgo, incluyendo la mera apariencia. Considero un acierto el optar por una definición básica, que pueda abarcar tanto situaciones de conflicto de interés real como potencial o aparente, en este supuesto resulta interesante el dotar de margen de maniobra a los órganos de vigilancia, para que sean capaces de afrontar cualquier tipo de situación sin verse limitados a esperar a que se produzca un resultado lesivo para poder actuar. Menciona Campos Los conflictos de intereses, se presentan como un riesgo constante en cualquiera de las fases del procedimiento, y para hacer frente a los mismos resulta necesario discriminar las siguientes acciones¹⁹:

- Prevención traducida en la necesidad de crear mecanismos previos a la ejecución en este caso de los fondos Next Generation que, garanticen la adopción de medidas preventivas

¹⁹4 puntos desglosados en el análisis del conflicto de interés expuesto por Campos Acuña .C (2019) Artículo Compliance en la contratación pública: mapa de riesgos corrupción y claves para su gestión. Publicado en la obra colectiva Un Año de compra pública con la LCSP. Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.

suficientes, como menciona Campos Acuña la declaración por parte de aquéllos que intervengan en los expedientes de contratación.

- Detección es necesario crear procedimientos que permitan detectar el conflicto de intereses, mediante acciones dirigidas a la gestión de la información manifestada por los órganos que van a tramitar.

- Gestión la LCSP no regula específicamente las actuaciones a desarrollar cuándo se detecta el conflicto de intereses, al igual que no se contempla esta circunstancia en la restante normativa que se aplicara a los fondos europeos. Considero necesario comenzar a definir y aplicar estos procedimientos, pues más allá del daño directo que pueden tener en los procedimientos, pueden ocasionar una dilatación de los plazos de ejecución y consecuentemente la pérdida del derecho a parte de los fondos.

- Sanción la LCSP no contempla un régimen sancionador para este tipo de conductas, sería necesario distinguir el grado de culpabilidad exigible a cada sujeto en atención al cargo y a la capacidad de decisión que ostenta, considero que la posibilidad de que el procedimiento de exigencia de responsabilidad no afectaría a la ejecución de los fondos salvo en el supuesto de separación de servicio público, por lo que cabría la posibilidad de alejar al supuesto infractor de las funciones relacionadas con la adjudicación en tanto recae la sanción correspondiente.

Sobre el delito de prevaricación (art 404 CP), sin entrar en exhaustividad, la doctrina y jurisprudencia establecen los requisitos que deben darse para poder encajar una conducta en este tipo delictivo: Una resolución administrativa producto de una conducta objetivamente ilegal, que sea producto de falta de competencia, omisión de trámites esenciales del procedimiento, que ocasionen un resultado manifiestamente injusto, y que el objeto de la misma consista en hacer prevalecer la voluntad particular del funcionario infractor con él con el conocimiento de actuar contra derecho.²⁰ La arbitrariedad es el origen de este problema y más concretamente la falta de obligatoriedad de justificación y motivación. Esta arbitrariedad no será en todo caso manifestada mediante actuaciones al margen de la ley, sino que aun cumpliendo los trámites preceptivos para el trámite puede desviarse de la finalidad que la norma confiere al mismo, en palabras del TS. *“La jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2.003 y de 24 de septiembre de 2002, exige para rellenar*

²⁰ Ávila Cano. E, Terol Gómez. R, Vázquez Garranzo. J. (2021) Consultas Administrativas. Vlex

el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria", "patente", "evidente" "esperpéntica", etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP (1.995) se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002, con mayores indicaciones jurisprudenciales).”²¹

III.I- Consecuencias de las actividades fraudulentas

En el sector público, en su conjunto (AGE, CCAA y Entidades Locales) cada año se celebran alrededor de 100.000 contratos según datos de la Oficina Independiente de regulación y supervisión de la Contratación (en adelante OiReScon) creada por la ley 9/2017. Concretamente el capital invertido en los contratos del sector público asciende aproximadamente a un 20% del PIB español: unos 200.000 millones de euros.²² (En cuanto a lo que se refiere a estadísticas generales en materia de contratación, me atenderé a las correspondientes a los años 2019 y anteriores ya que debido a la situación provocada por la pandemia del COVID-19, considero que los datos del año 2020 no son representativos de la generalidad, por lo que los datos del año pasado tendrán un tratamiento específico ad hoc).

Según datos de la OiReScon un 47,32% de la contratación de todo el sector público corresponde a entidades locales y un 76,31% de la contratación del sector público corresponde al procedimiento abierto o abierto simplificado.²³ Las actuaciones de supervisión ponen en relieve las áreas de riesgo de la contratación pública de la misma forma que denuncian la ausencia de un uso estratégico de la contratación pública. En este sentido se ha detectado una falta de adecuación al objeto del contrato de criterios de

²¹ STS 627/2006 (ECLI:ES:TS: 2006:627)

²² Expansión (2017). La nueva Ley de Contratos del Sector Público entra en vigor el 9 de marzo de 2018. Basados en los datos del Observatorio de Contratación pública.

²³ Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (2019) Informe anual de supervisión de la contratación pública de España.

solvencia y clasificación, así como de criterios de adjudicación que pueden afectar a la concurrencia en la licitación y acceso a las PYME. Es decir, se detectan malos hábitos que empiezan antes incluso de la vida del contrato. Los datos señalados reflejan que la administración no está aplicando los criterios adecuados a la hora de justificar la necesidad del contrato que pretende celebrar ni de los criterios de eficacia y eficiencia que motivan la celebración del mismo. Así mismo no se están aplicando los criterios generales de adjudicación. Este es uno de los puntos más relevantes pues precisamente las directivas que dan origen a la actual legislación, impusieron un nuevo paradigma introduciendo criterios sociales y medioambientales al lado del precio, y la distribución de la puntuación de los mismos. En este sentido es remarcable el hecho de que el precio englobando este concepto a su vez conceptos distintos como son el presupuesto de licitación, el valor estimado del contrato y el precio del mismo, así como el límite máximo de gasto.

En una línea semejante a la expuesta se han identificado incumplimientos en el establecimiento de condiciones especiales de ejecución de carácter social medioambiental y de innovación desaprovechando las posibles mejoras en políticas sociales y medioambientales y en la falta de reflejo documental de la fase de ejecución del contrato en las plataformas de contratación lo que dificulta su seguimiento incluso teniendo en cuenta la obligatoriedad impuesta por la LCSP en relación a la tramitación electrónica de los contratos la contratación electrónica aún es un reto.

Analizando la jurisprudencia que se refiere a los delitos relacionados con la contratación pública obtenemos determinadas “conductas tipo”, cuya reiteración permite extraer características comunes que se observan con cierta repetición, lo cual puede permitir, a su vez, formular “alertas” para prevenir esta clase de conductas. Por ejemplo, y como es evidente, la concurrencia para optar a un contrato público de familiares cercanos a quien tiene que resolver el procedimiento de contratación, o la obtención de diferentes contratos directos por la misma empresa a lo largo del tiempo, son factores reveladores de posibles fraudes.²⁴

IV.- La problemática del procedimiento. Fases de la vida del contrato público

Como se ha ido exponiendo a lo largo de este trabajo los riesgos pueden ser comunes a las distintas fases en las que se estructura el procedimiento de licitación, o propias de cada una

²⁴ Jareño Leal, A. (2017) Conductas delictivas en materia de contratación pública. Revista Internacional

de ellas. Los siguientes epígrafes están dedicados a identificar los riesgos en función de la fase de tramitación en la que se encuentren, distinguiendo entre preparación, licitación y ejecución, sin perjuicio de las aclaraciones que requieran de un desglose particular.

IV.I- La preparación del contrato

Para garantizar la transparencia y el comportamiento racional y previsible de las entidades del sector público, el artículo 28.4 de la LCSP obliga a los poderes públicos a programar la actividad de contratación que tengan previsto desarrollar en un ejercicio presupuestario o en períodos plurianuales y deberán dar a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa, previsto en el artículo 134, que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada. Considero esta obligación especialmente relevante en el contexto actual, los pilares y criterios que se han establecido desde Europa fueron anunciados con antelación a la preparación de los planes nacionales. Teniendo en cuenta esta circunstancia por parte de los estados se puede establecer un programa más o menos minucioso que de una idea a los futuros licitadores de los planes de la administración para poder ir desarrollando sus ofertas.

La fase de preparación del contrato se encuentra regulada en los artículos 115 – 130 de la LCSP. Se establece en estos la obligación de la administración de elaborar un proyecto de contratación que debe contener los estudios económicos y administrativos, así como las prescripciones técnicas en forma de pliegos de cláusulas administrativas y que este proyecto una vez elaborado, debe ser fiscalizado para comprobar su adecuación a la legislación vigente y al presupuesto. Esta regulación contiene herramientas como las consultas preliminares cuya introducción es considerada de gran ayuda sobre todo para los procesos de compras complejas. En el plan España Puede se hace referencias a esta técnica, en alusiones a las consultas sectoriales de foros de Alto nivel y Consejos consultivos en los que se han debatido cuestiones referidas distintos componentes del plan. Se mencionan entre otras cuestiones, consejos de transformación digital, economía, transición energética relacionados con los objetivos europeos. También se ha optado por consultas públicas con el objetivo de obtener un Feedback de la ciudadanía según el procedimiento de la 39/2015 (art 133). Estas consultas se han organizado en 2 vertientes consultas previas y audiencia e información pública.

Los objetivos que persigue esta figura son preparar la licitación y su publicación, informar de los planes de contratación y de los requisitos para obtener y sobre todo en aquellos procedimientos de mayor complejidad en los que la administración necesita asesoramiento técnico experto, obtener ese apoyo durante la sustanciación del procedimiento de licitación asegurando en todo caso que no se produzca un falseamiento de la competencia ni se vulneren los principios de no discriminación y transparencia. En ese sentido si considero importante separar el apartado técnico o pliegos de prescripciones técnicas del parte correspondiente a los pliegos de cláusulas administrativas. Considero que las previsiones técnicas además de ser las que más precisan de ayuda de especialistas privados, son las que más difícilmente podrán ocasionar controversias. Desde luego esta colaboración no puede estar exenta de control administrativo, para evitar supuestos en los que la empresa que colabora con la administración pudiera recomendar a esta que incluyera como criterios de adjudicación o requisitos de los licitadores circunstancias de las que carecen determinados licitadores a fin de restringir la participación o viciar el procedimiento de adjudicación.

Tanto la doctrina, como la jurisprudencia coinciden en que esta es la fase de mayor riesgo por el efecto multiplicador de estos riesgos sobre el resto del proceso. Este riesgo se plasma en aspectos concretos, como la preparación de contratos que limiten indebidamente la concurrencia, filtrar información privilegiada, adjudicación directa a un operador mediante la total inobservancia del procedimiento legal. Se arrastrarán después ocasionando peores prestaciones y por tanto peor servicio público. En un contexto como el presente en el que la ejecución de estos contratos va a estar supervisada por las instituciones europeas, no podemos permitir procedimientos viciados o ineficaces. La vigilancia de esta fase debe ser la más exhaustiva de todo el procedimiento, sin perjuicio de que en ningún caso esto puede suponer un obstáculo para la tramitación. Será especialmente importante en este sentido el papel de la intervención. El artículo 45 del RDLey 36/2020 que establece la especial labor interventora en los expedientes financiados con los fondos europeos, así como la prioridad de despacho de los mismos. Con la finalidad antes mencionada.

IV.I.A- Informe de necesidad

Esta fase se regula en el artículo 28 de la LCSP que es definido por Moreno Molina J.A como *“uno de los preceptos clave en la arquitectura de la LCSP y de toda la actividad*

contractual del sector público”²⁵. Debe ajustarse a una estructura reglamentaria existente para determinar la evolución del proceso, incluidos los plazos de la licitación, las etapas del proceso, el número de licitadores que cumplen las condiciones de licitación, las restricciones o excepciones a los procesos normalmente aplicables y la disponibilidad de sistemas y oportunidades de comunicación transparentes entre la entidad encargada de la contratación y los licitadores así como la fase anterior a la licitación también incluye la preparación del presupuesto.²⁶

El tribunal supremo establece que *“los principios de transparencia y buena administración exigen de las autoridades administrativas que motiven sus decisiones y que acrediten que se adoptan con objetividad y de forma congruente con los fines de interés público que justifican la actuación administrativa, tomando en consideración aquellas circunstancias que conforman la realidad fáctica y jurídica subyacente”*.²⁷ A esta cita hace referencia el Tribunal de cuentas en su memoria de 2019 que establece *“Resulta obligada la constancia en los expedientes de contratación de los informes o de los estudios económicos necesarios para garantizar que el objeto del contrato no excede de la cobertura de la necesidad ni en términos cuantitativos ni cualitativos, así como que el precio del contrato sea el adecuado al mercado, que corresponde incluir a los órganos de contratación, tanto al determinar los presupuestos de los contratos como al establecer las prestaciones y contraprestaciones entre la Administración y el contratista.”*²⁸

La ley 9/2017, aumenta los requisitos de motivación y justificación respecto a la legislación anterior, haciendo continuas referencias a esta circunstancia a lo largo de todo su articulado con carácter general han de ser motivados con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, aquellos actos que se exponen en el artículo 35 LPACAP, pero considerando que nos encontramos en un procedimiento tan especializado como lo es la contratación pública, la exigencia de motivación es entendible que se deba ampliar. Tanto es así que el tribunal supremo en sentencia de 3 de noviembre de 2011²⁹ declaró la nulidad de un

²⁵ Moreno Molina J.A (2020) Importancia de la planificación y programación de la actividad contractual pública. Artículo publicado en el Obcp el 14 de diciembre 2020.

²⁶ Guía sobre medidas contra la corrupción en la contratación pública y en la gestión de la hacienda pública (2014) Buenas prácticas para lograr el cumplimiento del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

²⁷ STS 4627/2015 de 3 de noviembre (ECLI:ES:TS: 2015:4627)

²⁸ Memoria de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas de 2019.

²⁹ STS 7996/2011 de 3 de noviembre de 2011 (ECLI:ES:TS: 2011:7996)

procedimiento de licitación en el que no se había motivado la necesidad de acudir a medios externos, por lo que podemos concluir que esta motivación es un requisito indispensable, una *conditio sine qua non*, de los actos que conforman un procedimiento de contratación.

Carbonero Gallardo³⁰ menciona en referencia a estos extremos el artículo 116.4 de la LCSP, en el que se enumeran una serie de actos que en todo caso deben ser justificados en el expediente, sin que suponga este listado un *numerus clausus*, de actos, hay que entender como él mismo menciona que ese apartado no es exhaustivo, hay que justificar todo lo que dice este artículo, pero no solo lo que este dice, ya que hay numerosos actos no contemplados que deben ser igualmente motivados.

La LCSP no concreta en qué tipo de documento deben constar todas estas cuestiones, aunque se puede considerar que esta función se encuentra recogida en la memoria justificativa del contrato del art 63 LCSP. Se busca evitar riesgos como necesidades ficticias, sobrevalor de prestaciones, establecimiento erróneo de la dimensión de la necesidad a satisfacer, que tradicionalmente llevan al sector público a problemas como la Insuficiente justificación al considerar esta obligación como un acto de mero trámite.

Pese a todo lo expuesto el RD Ley no contiene previsiones referentes a este informe. Considerando que estos proyectos deben ajustarse tanto a los pilares europeos como a las previsiones del ordenamiento estatal, al que se suma la distribución de los fondos que hagan las comunidades autónomas considero que la norma debería haber implementado previsiones que obligaran a los poderes adjudicadores a motivar estas cuestiones a la vez que los extremos anteriormente expuestos.

IV.I.B- El presupuesto base de licitación: precio

Regulado en los artículos 100 y siguientes de la LCSP constituye un elemento esencial para la correcta configuración del contrato. Estos artículos establecen los criterios para la elaboración del presupuesto base de licitación de los contratos públicos en los términos siguientes: En el momento de la elaboración, los órganos cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios de mercado. Este se debe desglosar en referencia a los costes directos, indirectos y otros eventuales gastos, añadiendo a estos los

³⁰ Carbonero Gallardo J.M. (2020) Motivación y justificación en los expedientes y procedimientos tras la Ley de contratos del sector público 2017. Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal.

costes de los salarios de las personas empleadas para su ejecución, cuando estos sean tenidos en cuenta para el cálculo del mismo. En cada tipo diferente de contrato, la determinación del presupuesto base de licitación obedece a diferentes criterios por sus especiales características. En criterio compartido por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y por el Tribunal Administrativo central de Recursos Contractuales, el cálculo se realiza atendiendo a la regla del precio de mercado. *“lo que cabe concluir es que bajo estas denominaciones lo que persigue el legislador en el artículo 100 es que el presupuesto base de licitación recoja todos los costes y gastos que influyan en la realización de la prestación o prestaciones que constituyen el objeto del contrato, evitando preterir algunos de estos costes en beneficio de alguna de las partes”*³¹

La elaboración de estos aun atendiendo a la regulación expuesta no está exenta de riesgos, son reiterados los casos en los que se aprovecha este presupuesto para llevar a cabo conductas tendentes a limitar la concurrencia mediante presupuestos muy altos que buscan excluir a las PYMES en favor de grandes empresas con las que terminan obteniendo relaciones clientelares o incumplimientos contractuales ya que este presupuesto termina siendo objeto de gran cantidad de modificaciones en la mayoría de casos prescindiendo totalmente del procedimiento. El TACRC en consolidada doctrina viene a establecer que *“la elaboración del presupuesto del contrato, es decir, el importe máximo de gasto que podrá suponer para el OC el contrato, impone su ajuste a precios de mercado y el desglose del mismo con indicación de los coste directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. Obviamente, si el precio de mercado se determina a ex artículo 102.4 en términos unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o de las distintas prestaciones parciales que integran el objeto del contrato o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, es evidente que el presupuesto podrá, e incluso deberá, formarse y desglosarse por unidades de precio de mercado que entreguen o ejecuten hasta el número máximo previsto en el PCAP, sin necesidad ni obligación de desglosar en todo caso los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos en que incurra el suministrador o el prestador del servicio, en cuanto son innecesarios si se*

³¹ Conclusiones de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre la interpretación del artículo 100 de la LCSP. 2018

demandan por el órgano de contratación en la licitación en la forma de unidades a precio unitario, y no de prestaciones según costes de prestación”. ³²

Los puntos problemáticos detectados por doctrina y jurisprudencia son las metodologías dispares, pese a las especificaciones y aclaraciones como la reproducida, no existen unas normas comunes a la hora de elaborar este presupuesto la regla es el punto de partida es el valor de mercado, este concepto jurídico indeterminado sumado al desconocimiento del sector, hace que cada procedimiento aun teniendo idéntico objeto pueda tener distinto presupuesto lo que se traduce en que los esfuerzos tendentes a crear una uniformidad y unos precios estandarizados sean fútiles. Al final lo que se consigue es establecer presupuestos que se sitúan por debajo de los precios de mercado desincentivando así la concurrencia en fase de licitación, y se termina complementando con modificaciones del mismo a lo largo de la vida del contrato que terminan por establecer un precio final de ejecución muy por encima del habitual.

En el contexto de los fondos NG hay que considerar que los contratos estarán dirigidos a los pilares que establece la normativa europea (transición ecológica, digital, crecimiento sostenible, innovación...). Estos objetivos van a implicar que los contratos van a tener por objeto prestaciones que no serán las habituales de la contratación pública tradicional, por lo que la labor de los órganos de contratación de establecer el precio del contrato va ser considerablemente más difícil de realizar que hasta ahora. La LCSP admite los precios provisionales para los contratos que hayan seguido el procedimiento negociado, diálogo competitivo, o asociación para la innovación lo que también está sometido al mismo problema pues estos procedimientos son de los menos utilizados de acuerdo a los datos de la CNMC.³³ El art. 102.7 LCSP establece la excepcionalidad de esta modalidad que deberá especificarse en el pliego y que en todo caso el precio se determinará:

“dentro de los límites fijados para el precio máximo, en función de los costes en que realmente incurra el contratista y del beneficio que se haya acordado, para lo que, en todo caso, se detallarán en el contrato los siguientes extremos:

a) El procedimiento para determinar el precio definitivo, con referencia a los costes efectivos y a la fórmula de cálculo del beneficio.

³² Resolución 633/2019 de 13 de junio del TACRC

³³ E/CNMC/004/18 Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España (2019)

b) Las reglas contables que el adjudicatario deberá aplicar para determinar el coste de las prestaciones.

c) Los controles documentales y sobre el proceso de producción que el adjudicador podrá efectuar sobre los elementos técnicos y contables del coste de producción.”

Así los datos de especial relevancia como expone el artículo serán por un lado los costes en que incurra el contratista y el beneficio que se haya acordado. Este último podrá acordarse y será una cantidad fija o un tanto por ciento que se puede establecer de una forma cierta, sin embargo, los costes son una variable que va a requerir de una vigilancia y un contraste de datos por parte de la administración, un esfuerzo que requerirá recursos y tiempo.

El último inciso del mismo artículo 102.7 de la LCSP, prohíbe la revisión de precios en los contratos con precios provisionales. La revisión de los precios de los contratos es vista por determinados sectores como un mecanismo de mantenimiento del equilibrio económico de los contratos. La regulación de esta materia está contenida en los art. 103 y ss de la LCSP, sin embargo, en la práctica se opta por excluir esta posibilidad quedando las posibles revisiones dentro del riesgo y ventura del contratista. A ello ha contribuido la imposibilidad de referenciar la revisión de precios a índices generales de precios, como el IPC o el PIB. La jurisprudencia del TC³⁴ se ha pronunciado sobre esta cuestión mencionando que *“el art. 103.6 LCSP, atribuye al Consejo de ministros la aprobación de “fórmulas tipo de revisión periódica y predeterminada” para los contratos de obra, los de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, los de suministro de energía y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años.”*

IV.I.C- Criterios de adjudicación

Los criterios de adjudicación regulados en el artículo 145 y ss de la LCSP son ya un tema clásico y recurrente. Son reiteradas las conductas que buscan el alejamiento de los criterios de adjudicación y que suponen la diferencia entre la discrecionalidad permitida e ineludible en la contratación pública, y la arbitrariedad prohibida por el derecho y sancionada por los tribunales. El Tribunal supremo en doctrina consolidada establece *“Por lo que hace a la Directiva 2014/25/UE, es claro que su art. 82.4 -arriba transcrito- impone comprobar la información facilitada por el licitador, como medio de asegurarse de que su oferta se*

ajusta a las bases de la licitación. La finalidad evidente de esta norma estriba en controlar la coherencia de las ofertas hechas por los licitadores, de manera que la propuesta económicamente más ventajosa sea además viable y pueda satisfacer la necesidad que da origen al contrato. Así las cosas, razonando con base en el art. 82.4 de la Directiva 2014/25/UE y en los pasajes del preámbulo de la misma citados por la recurrente, habría que concluir que la correlación entre la oferta técnica y la oferta económica es exigible.”³⁵

La problemática derivada de estos criterios se observa en su indefinición, que conlleva la posibilidad de abusar de ellos al hacerse interpretaciones diferentes de la buscada por el legislador cuando dichos criterios son aplicados por los gestores de la contratación. Es destacado el **criterio del precio** de adjudicación y el desarrollo de fórmulas extremadamente complejas en referencia al cálculo de este con la finalidad de pasar desapercibidas a los ojos de los órganos de control y de la opinión pública en general.

Hasta la actual regulación el precio ha sido el factor de mayor relevancia a la hora de adjudicar el contrato, lo que ha provocado que en la contratación española primaran las ofertas con el precio más bajo, que luego se veían alteradas mediante sucesivas modificaciones de los contratos. Con la actual regulación el 145.1 LCSP especifica que la adjudicación del contrato se realizará «utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio». Se busca evitar, que sigan primándose las ofertas más bajas y en lugar de la calidad.

La mejor relación calidad-precio se evalúa atendiendo a criterios económicos y cualitativos (art. 145.2). Los primeros son los relacionados con el precio, pero no solo teniendo en cuenta el precio de adjudicación, se valoran cuestiones como la rentabilidad y la mejor relación coste-eficacia como, por ejemplo, el coste del ciclo de la vida, con arreglo a las fórmulas que para su cálculo establece el artículo 148. Los criterios cualitativos relacionados con aspectos medioambientales o sociales, del artículo 145, van a tener especial relevancia en la adjudicación de los contratos financiados con los fondos europeos, de manera que serán tenidos especialmente en cuenta: la calidad, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal, características

³⁴ STC 68/2021 de 18 de marzo (ECLI:ES:TC: 2021:68)

³⁵ STS 1190/2021 de 22 de marzo (ECLI:ES:TS: 2021:1190)

sociales, medioambientales e innovadoras, la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato, entre otros.

En cuanto a los criterios sociales es ilustrativa la resolución del tribunal Administrativo Central de recursos Contractuales nº 235/2019, de 8 de marzo³⁶ frente al recurso que impugna dos criterios de valoración fundados en las cláusulas o consideraciones sociales cuya cuestión principal es determinar si bajo el amparo de la normativa contractual, cabe introducir en el procedimiento los criterios de adjudicación que son impugnados y si estos son conforme a derecho. El tribunal establece en esta sentencia como requisitos:

1º. Que concurra en el criterio la cualidad necesaria exigida por la Directiva 2014/24 y la jurisprudencia comunitaria para poder operar como criterio de adjudicación, es decir, que realmente sea un criterio de adjudicación, y

2º. En caso de cumplirse el anterior requisito, que el criterio reúna las cuatro condiciones de la normativa europea (artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE) y de la Jurisprudencia del TJUE que en todo caso deben cumplir los criterios de adjudicación de un contrato público:

a) Deben estar vinculados al objeto del contrato. b) Deben ser específicos y cuantificables objetivamente. c) Deben respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento. d) Deben publicarse previamente.

Respecto del primer requisito *“solo son admisibles los criterios de adjudicación, incluidos los basados en consideraciones sociales y medioambientales, que sean objetivos (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables), y que permitan evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, las obras, los suministros y los servicios, tal y como estén definidos en el PPT, y obtener los que mejor respondan a sus necesidades. Además, algunas consideraciones están limitadas en su aplicación, como los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reguladas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, y otras solo pueden operar como condiciones especiales de ejecución.”*

Respecto del segundo requisito o condiciones que debe cumplir el criterio, se detiene el Tribunal en la vinculación al objeto del contrato y en el respeto al Derecho europeo al señalar que *“debe respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no*

discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento) debe indicarse que un criterio de adjudicación no es admisible si es contrario a la igualdad entre operadores o es discriminatorio, lo cual ocurre o puede ocurrir si evalúa unas mejoras sobre las condiciones salariales establecidas en un convenio de ámbito territorial determinado respecto de las establecidas en el convenio de otro ámbito territorial distinto dentro del territorio nacional, o respecto de empresas de otros países miembros, bien sean mejores, bien sean peores, pues si una licitadora ya acude con unas condiciones salariales según su convenio territorial, inferiores a las del convenio territorial del poder adjudicador, se verá discriminada respecto de las empresas de ese territorio, o si ya tiene condiciones salariales mejores se verá favorecida, lo que determinaría desigualdad y discriminación.”

Debe hacerse hincapié en la relevancia del informe que justifica los criterios de adjudicación del contrato. Este debe ser público para que cualquier operador pueda conocer el porqué de su admisión y exclusión para poder mejorar su oferta de cara a futuros procedimientos de similares características, no nos olvidemos de que lo que se trata es de ejecutar la totalidad de los fondos que han sido adjudicados a nuestro país por lo que hay que promover la continua mejora de cara a la mayor participación y competitividad.

Los proyectos que darán causa a los contratos tienen objetivos preestablecidos cumplir con los 6 pilares del reglamento UE 2021/2041 por lo que los criterios de adjudicación que se utilicen tendrán que tener necesariamente una vinculación con, al menos, uno de ellos. Pero no solo eso, a la vez los criterios que se elijan deben permitir que los propios contratos se conviertan en una herramienta de cambio. Estos deben jugar un doble papel en el que aparte de obtener el resultado objeto del mismo, contribuyan a la reactivación económica. Debe optarse por una aplicación estratégica del contrato público que sobre todo desempeñe una labor de refuerzo de los sectores y operadores económicos más castigados. Se pretende que la implementación de más y mejores criterios sociales y ambientales, además de mejorar estos sectores tan necesitados de inversión, reforzarán la competitividad entre los operadores, pues y pese a su inclusión ya en la LCSP, no han sido tradicionalmente los más determinantes.

³⁶ Resolución nº 235/2019 TACRC de 8 de marzo en el Recurso 764/2018, que anula los criterios de carácter social incluidos por el Principado de Asturias para la adjudicación del servicio de limpieza de las instalaciones de la Radiotelevisión autonómica.

Esta práctica no obstante acarreará un deber por parte de la administración de vigilancia, pues estas condiciones deberán ser mantenidas a lo largo de toda la vida útil del contrato por que habrá que prestar tanta atención a estos condicionados como la que se pueda prestar a la ejecución de la prestación principal sobre todo durante la fase de ejecución.

En el contexto de las medidas de características sociales de los contratos conviene recordar que se debe ejercer por parte de la administración una labor de acercamiento del procedimiento a aquellas PYMES que no están acostumbradas a contratar con la administración. No cabe duda de que las grandes empresas son plenamente conocedoras de esta materia y que incluso tienen una infraestructura preparada y una trayectoria que les proporciona la experiencia de un tráfico regular de contratación. En este momento es cuando las características sociales deben cobrar relevancia en cuanto a exigir a estas empresas sobre todo a las más grandes que se garanticen unas condiciones favorables para aquellos trabajadores que desempeñen las labores derivadas de estos contratos, así como la de los trabajadores que no lo hacen.

IV.I.D- División del contrato

Otra de las prácticas que puede resultar muy útil respecto a los objetivos mencionados en el epígrafe anterior sería la de realizar divisiones estratégicas de los contratos que sean susceptibles de ello. La división del contrato en lotes encuentra su base legal en el artículo 99 de la LCSP. Este precepto introduce la prohibición expresa de fraccionar un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. También establece en sentido contrario aquellos contratos cuya naturaleza u objeto hacen posible optar por su división.

Esta división se puede utilizar para favorecer una mayor concurrencia, en favor de las PYMES que no pueden hacer frente a las grandes empresas a la hora de resultar adjudicatarias de los proyectos más grandes que licita la administración, pero esta actuación debe considerarse excepcional y deben estar debidamente justificadas en el expediente de contratación su necesidad y la complementariedad de las prestaciones a acumular debido a los riesgos que esta actuación entraña y es que esta división se ha venido utilizando para llevar a cabo conductas dedicadas a evitar la libre concurrencia así como a evadir requisitos de procedimiento. Sin embargo, se utiliza para eludir los umbrales de precio del contrato para evitar métodos más gravosos de adjudicación. Este hecho, puede dar lugar a

situaciones contrarias al interés público que entraña el contrato ya que si se obliga a que sólo puedan participar en la licitación aquellas empresas que oferten a la totalidad de los diversos servicios objeto del contrato, se corre el riesgo de excluir empresas especializadas que podrían haber formulado ofertas muy ventajosas, incluso las más ventajosas, a la parte o lote de servicios correspondiente a su especialidad esto además puede afectar en mayor medida a las PYMES, contraviniendo así los objetivos de la nueva legislación.

En efecto la decisión de dividir un contrato o no en lotes es una cuestión, discrecional del órgano de contratación pero sujeta a control, y en este control se debe partir de que el criterio general en la nueva LCSP, como explica en su preámbulo, es “Como medidas más específicas, se ha introducido una nueva regulación de la división en lotes de los contratos (invirtiéndose la regla general que se utilizaba hasta ahora, debiendo justificarse ahora en el expediente la no división del contrato en lotes, lo que facilitará el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas.”³⁷

La regla general del artículo 99.3 es que siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, es decir con carácter general, el órgano de contratación debe realizar esa labor de dividir el objeto del contrato en unidades susceptibles de ser tramitados como unidad independiente. Matiza el artículo que el órgano podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo contratos de concesión de obras. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa señaló *“que procederá el fraccionamiento cuando el objeto por su propia naturaleza admita que determinadas partes del mismo sean susceptibles de contratación por separado y siempre que el fraccionamiento no se lleve a cabo con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. Sin embargo, el artículo 99 LCSP, frente a la regulación precedente, la regla general ahora es la división en lotes, para favorecer el acceso a la contratación pública de las PYMES.”³⁸*

³⁷ Resolución nº 124/2018 del Tribunal Administrativo de contratación pública de la Comunidad de Madrid, recursos nº 102 y 106/2018. En la que el servicio de Salud de Madrid había dividido un contrato en solo dos lotes de importe muy elevado. El tribunal en este caso estimó los recursos basándose en que no se había justificado suficientemente la decisión de dividir el contrato en solo dos lotes.

³⁸ Informe 6/2016 de 27 de abril 2017 de la JCCPE

Esta obligación de dividir el contrato en partes, no se aplicará en los supuestos que se basen en los motivos establecidos al efecto en la ley concretamente en el riesgo de restringir la competencia, buscando de nuevo una mayor participación de las PYMES en los procedimientos de adjudicación y por dificultades técnicas o de coordinación de diferentes prestaciones, es decir que la división dificulte la correcta ejecución del contrato, de manera que el interés público directo que busca satisfacer el contrato se vea perjudicado por esta división.³⁹

La división así configurada entraña un eterno problema, efectivamente se requiere de una discrecionalidad efectiva, pues debe observarse que partes de un contrato se pueden dividir y si esto conviene al interés público, lo que implica un juicio valorativo que en ningún caso puede automatizarse. Sin embargo, esa misma discrecionalidad supone esa temida vía de corrupción que tratamos de evitar. Así aquí el problema no sería tanto la configuración del régimen legal de división sino un problema en el origen, en la administración encargada de gestionar esta materia. En este sentido el TACRC considera en doctrina consolidada *“que ha de respetarse, en principio, la discrecionalidad del órgano de contratación para elaborar los lotes de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades que se cubran, desestimando así las pretensiones destinadas a que se elaborasen los lotes del modo sugerido por el recurrente en cada caso” ...* *“No obstante, el órgano de contratación goza de discrecionalidad técnica a la hora de aplicar el criterio que mejor se ajuste a sus necesidades en orden a la división del contrato en lotes”*⁴⁰

En definitiva, corresponde al órgano de contratación decidir la contratación y el modo en que se dividen los lotes, aplicando los criterios que mejor se ajusten a las necesidades que persigue, sin que pueda prevalecer en una impugnación el criterio subjetivo de los licitadores. No obstante, esta discrecionalidad no puede implicar arbitrariedad alguna, por lo que debe estar justificada la división en lotes. A juicio de este Tribunal, *“la división en lotes y el criterio empleado por el órgano de contratación se ajustan plenamente a los principios rectores de la contratación en el sector público, por lo que no se aprecia*

³⁹ Rodríguez Martín-Retortillo M. (2017) Fraccionamiento del contrato y división en lotes. Posibilidad de limitar el número de lotes a los que un operador económico pueda licitar o adjudicarse a cada licitador. Anuario da Facultades de Dereito da Universidade da Coruña.

⁴⁰ Resolución TARC 962/2020 de 15 de enero de 2021 en relación a resolución del mismo órgano 1201/2018.

arbitrariedad ni error manifiesto en su configuración, de tal suerte que el motivo invocado debe rechazarse”.

Se trata de no jugárselo todo a una sola carta y de poner medidas que permitan aportar soluciones a los eventuales problemas de ejecución de parte de un proyecto de manera que no perjudiquen al objetivo final del conjunto. El artículo 99 de la LCSP ha desarrollado regulación bastante completa de esta opción con la única carga de velar que la misma no se usa con un propósito de falsear la competencia. No se ha previsto disposición en contrario para la tramitación de los contratos financiados con fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, por lo que considero que esta debe ser una opción muy presente en todas las tramitaciones derivadas del mismo. La cantidad de contratos a celebrar, la disparidad de los mismos y el hecho de que los recursos grandes actores son limitados, hacen que la división en lotes más allá de una posibilidad se convierta en una obligación.

IV.I.E- Los pliegos

La preparación de los pliegos regulada en el artículo 126.1 de la LCSP, es otro supuesto que ha dado lugar a más de un conflicto. Es un riesgo inherente a la naturaleza misma de este documento que se puede utilizar, en fraude de la adjudicación, con el fin de acotar esa discrecionalidad necesaria para realizar la selección de oferta que objetivamente no satisface mejor el interés público. El empleo de fórmulas matemáticas incomprensibles para hallar el valor de la puntuación de cada licitador en base a los criterios de adjudicación o los métodos de valoración relativa son prácticas habituales en esta actividad. En muchas ocasiones el resultado de esto se traduce en pliegos que contemplan condiciones o especificaciones técnicas que solo pueden ser realizadas por una empresa. Estas actuaciones se caracterizan por la indefinición de estas especificaciones que impiden un adecuado control de la ejecución.

Resulta necesario 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 interpretarlas 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 trate.⁴¹

El RDL 36/2020 establece como medida de agilización la posibilidad de elaborar **pliegos-tipo**, de cláusulas técnicas y administrativas por los órganos de contratación. Si bien la LCSP ya establece la posibilidad en su art 122.5 de emitir **modelos de pliegos** de cláusulas administrativas, si bien los nombres utilizados en uno y otro texto son distintos, estamos ante el mismo instrumento lo que no es contemplado en el precepto la extensión de los mismos a las cláusulas técnicas. El RDL 36/2020 en su artículo 54 si ha previsto esta posibilidad indicando de hecho que se promoverá por parte de los centros gestores esta práctica, con el fin de homogeneizar y agilizar la tramitación de los procedimientos. Para poder ejecutar esta facultad, los contratos deberán estar financiados con los fondos del PRTR. Prevé que se incorporen aquellos criterios verdes, digitales de innovación, potenciación de pymes y responsabilidad social que consideren necesarios. Considero que la previsión es vaga e insuficiente, en los pliegos tipos podría introducirse unos requisitos mínimos que hicieran referencia a estos criterios de manera que con su uso se asegure un porcentaje mínimo de aplicación de los mismos, permitiendo a los órganos de contratación la mejora de los mismos en el pliego con requisitos más laxos de justificación que versaran sobre la no discriminación de operadores mediante los mismos.

El Comité técnico es el encargado entre otros de elaborar modelos de pliegos por lo que podrá elaborar pautas genéricas que podrán ser adaptadas por los departamentos ministeriales para las contrataciones que en el ámbito de sus competencias prevean celebrar en ejecución de los fondos del PRTR. Sin embargo, la doctrina considera que hubiera sido más acertado la asunción de esta función por parte de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado como parte de esa tarea de coordinación que se le encomienda y que ha sido históricamente el órgano encargado de esta normalización de pliegos. Esta cuestión es de especial relevancia ya que es en esos pliegos-tipo, donde se han de recoger los criterios verdes, digitales, de innovación, de potenciación de pymes y de responsabilidad social que exige la normativa comunitaria.

⁴¹ Gimeno Feliu J.M. (2014) Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos. Artículo publicado en el ObCP.

V.- La adjudicación del contrato

Esta fase es la más reglada y supervisada y en la que hay más obligaciones de transparencia y rendición de cuentas, ya que es aquí donde se toman las decisiones de quien participará en el procedimiento competitivo y a quien se adjudicará el contrato.⁴²

Así mismo y junto al informe de necesidad del contrato este es uno de los puntos donde la necesidad de motivación se hace más relevante. Es doctrina consolidada Resoluciones 199/2011, de 3 de agosto de 2011, 272/2011, de 10 de noviembre de 2011, 334/2011, de 27 de diciembre de 2011, 62/2012, de 29 de febrero de 2012, 47/2013, de 30 de enero de 2013, 103/2012, de 9 de mayo de 2012 y 288/2014, de 4 de abril de 2014 del TACRC *“que la notificación del acto de adjudicación ha de estar motivada de forma adecuada, pues de lo contrario se estaría privando al licitador notificado de los elementos necesarios para configurar un recurso o reclamación eficaz y útil, produciéndole por ello indefensión. Para estimar que la notificación se halla adecuadamente motivada, ésta al menos ha de contener la información suficiente que permita al licitador conocer las razones determinantes de la adjudicación del contrato a otra empresa, a fin de que pueda contradecirlas mediante la interposición del correspondiente recurso o reclamación adecuadamente fundado. Con carácter general, la motivación de los actos administrativos no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos sus aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, y con que su extensión sea de amplitud suficiente para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 junio, SSTs de 9 junio 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo 1998, 25 de mayo 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 enero 2000).”*⁴³

La oficina Antifrau de Cataluña cifra en 4 las áreas de mayor riesgo en esta fase; No evitar Prácticas Anticompetitivas, Admitir o excluir empresas licitadoras de forma sesgada,

⁴² Baena García L. (Autora), Calvo Pozo A (coordinadora) (2018) Identificación de los riesgos para la integridad de la contratación 12 áreas de riesgos de irregularidades, fraude o corrupción que evaluar. Oficina Antifrau de Cataluña

⁴³ Resolución 1238/2018 del tribunal administrativo central de recursos contractuales de 11 de enero de 2019.

Valorar de forma sesgada las ofertas, Resolver la adjudicación o formalizar irregularmente los contratos.

V.A- Prácticas Anticompetitivas y conductas colusorias de la competencia

No evitar Prácticas Anticompetitivas, que pretenden impedir o restringir el acceso a la licitación, o falsear la competencia en la fase de preparación de las ofertas definitivas. Sin competencia no se puede garantizar la eficiencia de la contratación, por esta razón, las entidades adjudicadoras están obligadas a garantizar el derecho de acceso a las licitaciones públicas de acuerdo a los principios de igualdad y no discriminación.

La ley de defensa de la competencia en adelante LDC resultará de aplicación a los operadores que participen en los contratos derivados del desarrollo del PRTR (art 8.5 RD Ley 36/2020). Esta ley califica como conductas colusorias y declara nulas de pleno derecho a una relación de prácticas imputables a los operadores económicos en cuanto a todo acuerdo, decisión o práctica que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.⁴⁴

1. Incumplir las obligaciones de publicidad en los plazos y en los medios oficiales previstos, o cumpliendo estas no publicar la información relativa a las características del objeto del contrato que se licita, las respuestas a las aclaraciones solicitadas por los licitadores.

2. Dificultar el acceso a la documentación completa que los candidatos requieren para preparar las ofertas o permitiendo el acceso modificar de forma continuada los pliegos con tal de favorecer a un licitador frente a los restantes al no modificar los plazos de preparación e instancia de ofertas. Así como filtrar información relativa a las ofertas recibidas de otros licitadores a aquel al que se pretende favorecer durante este periodo.

3. No detectar conductas colusorias, entre licitadores, por ejemplo, ofertas incoherentes e injustificables de una misma empresa licitadora en varios lotes de un mismo contrato que podrían alertar de un acuerdo de reparto de lotes entre operadores. (Este apartado en concreto se verá ampliado en el siguiente epígrafe)

⁴⁴ Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

4. Excluir de forma premeditada a determinadas empresas licitadoras en procedimientos que contemplan la obligación de negociar, perjudicando el presupuesto de la institución.

Como he ido mencionando el objetivo primordial de los contratos financiados es obtener la máxima calidad y uno de los puntos clave para obtenerla es que se garantice una adecuada y sana competencia por parte de los licitadores. Ya en el preámbulo del RD Ley 36/2020 se hace referencia a que *“La formalización e instrumentación jurídica de los PERTES se realizará de conformidad con la legislación aplicable, respetando en cualquier caso los principios de concurrencia, no discriminación y competencia de los mercados.”* Y esto se mantiene en el artículo 3 del mismo texto en el que establece como principio de buena gestión la promoción de la competencia efectiva en los mercados, el 9.5 o el 59.1.c) que establecen previsiones concretas para la eliminación de obstáculos que limiten esta competencia.

Ya he comentado también el propósito indirecto de reactivación de la economía que persigue este plan. No podemos permitir que se altere el régimen de competencia ni durante ni posteriormente a la gestión de los fondos, pues de darse esta circunstancia estaríamos ante un fracaso del esfuerzo hercúleo que supone toda esta tramitación. En palabras de la CNMC *“Dada la elevada significación de la contratación pública en términos cuantitativos y cualitativos, es de suma importancia que el marco normativo y decisorio de la contratación pública favorezca la competencia efectiva entre los operadores para, de esta forma, maximizar la eficiencia del uso de los recursos públicos. Además, el fomento de la competencia siempre reduce el riesgo de colusión entre las empresas y dificulta la aparición de fenómenos de corrupción.”*⁴⁵

De acuerdo a las definiciones que ofrece la Directiva 24/2014 (arts 18 50.4) poseen este calificativo aquellas acciones tomadas por los poderes adjudicadores que tienen como objeto favorecer o perjudicar a determinados operadores económicos o incluso permitir o denegar de forma discrecional la participación de estos en un procedimiento de licitación.

La discrecionalidad ha sido tradicionalmente muy acotada y se ha ejecutado en torno a los principios de objetividad, imparcialidad e independencia que deben regir el procedimiento. Para evitar este tipo de conductas lo que se busca es garantizar la objetividad e imparcialidad de los poderes públicos a través de los requisitos previos de solvencia técnica

y económica de los operadores. Estos requisitos de forma análoga a los requisitos de participación en un proceso competitivo para obtener una plaza como funcionario de carrera, deben ser proporcionales a las características de las labores inherentes al contrato que se debe ejecutar.

Pero todo esto debe observarse bajo el prisma establecido por el principio de proposición única de ofertas (art 139.3 LCSP), que establece que cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts 142 y 143 o incluirse en una unión temporal. En este sentido la jurisprudencia complementa la definición *“el principio de proposición única que el indicado precepto establece tiene como fundamento, por una parte, la imposibilidad de que las empresas licitadoras presenten más de una oferta más ventajosa y que ‘liciten’ contra ellas mismas; y, por otra parte, el deber de respeto del principio de igualdad, de acuerdo con el cual todas las empresas licitadoras deben tener las mismas oportunidades en los procedimientos de contratación pública, cosa que no se daría si se admitiera que una empresa licitadora presentara más de una oferta, ya que este hecho podría colocarla en una posición de ventaja respecto del resto, así como suponer un riesgo de manipulación del procedimiento. En definitiva, con este principio se pretende garantizar el secreto de las proposiciones, la concurrencia, la competencia y la igualdad en los procedimientos de contratación pública”*⁴⁶

El artículo 150.1 de la LCSP que será la mesa de contratación o el órgano de contratación en su defecto, quienes en caso de tener indicios fundados de conductas colusorias los trasladará antes de proceder a la adjudicación del contrato a la CNMC.

Para asegurar esta imparcialidad el legislador ha separado de forma semejante al procedimiento penal en el que hay un órgano que se ocupa de la instrucción y otro distinto que es quien resuelve, en dos órganos uno que se ocupa del discernimiento técnico de las cualidades de los licitadores (la fase de preparación de las ofertas y la comprobación y validación de las mismas y de los candidatos) y otro quien decide la adjudicación (con los datos contenidos en los pliegos, valora las ofertas que le remite el órgano anterior.

⁴⁵ Guía sobre Contratación Pública y Competencia 2019-2020 de la CNMC

⁴⁶ Resolución nº 221/2021, recusos nº 188,189 y 191/2021 del TACP de Madrid

Este tipo de conductas sigue planteando gran cantidad de riesgos como puede extraerse en la STS 613/2016 de 8 julio⁴⁷ que constituye un ejemplo explícito de este tipo de conductas.

Considero que la gran cantidad de fondos a ejecutar supone un atractivo, en especial para los grandes operadores económicos que van a tratar de resultar adjudicatarios del máximo número de licitaciones. Sin perjuicio de que esto puede resultar beneficioso para la administración en tanto se fomente la competencia en términos como los expuestos en el epígrafe anterior, debe prestarse especial atención a que esta circunstancia no se ejecute en perjuicio de las PYMES o de otros operadores económicos en desventaja. Los fondos se deben adjudicar con una visión estratégica, tanto para el objeto directo de los mismos como en las circunstancias indirectas.

V.B- Valoraciones sesgadas de las ofertas

Esta fase entraña un riesgo especial debido a la subjetividad necesaria para realizar la valoración de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor. La calificación que aquí se realice, puede determinar la elección de una u otra oferta como adjudicataria de un contrato por lo que es vital evitar cualquier discrecionalidad no justificada o inadecuada a los criterios de la administración.

La legislación a dispuesto que esta valoración deba efectuarse en base a los pliegos previamente fijados, (pliegos que han sido creados con anterioridad y por un órgano distinto del que debe aplicarlos.) Por eso, la probabilidad de este riesgo queda condicionada por las decisiones tomadas durante la preparación de la contratación a la que se hizo referencia en epígrafes anteriores.

La **imparcialidad** e **independencia** en esta valoración se intentan garantizar separando la valoración técnica de la resolución de adjudicación, y fijando obligaciones claras en materia de conflictos de interés (como se explicó cuando se refirió a las conductas colusorias). Estos dos principios resultan fundamentales al evaluar, puntuar y ordenar las

⁴⁷ STS 613/2016 de 8 julio (ECLI: ES:TS: 2016:3153) en la que se enjuicia un delito de negociaciones prohibidas a funcionario público que influyó desde la posición que otorgaba su cargo para adjudicar contratos a la empresa en la que tenía intereses económicos.

proposiciones recibidas de cara a la propuesta de adjudicación que la mesa de contratación tendrá que elevar al órgano.⁴⁸

Los informes⁴⁹ de análisis de riesgos, no obstante, han demostrado la ineffectividad que deriva de tomar exclusivamente en consideración la información contenida en las proposiciones, sin tener en cuenta las experiencias previas con los licitadores contratados con anterioridad, tanto si fue negativa como positiva.

V.C- Resolución Irregular

La resolución del procedimiento de licitación entraña, así como la valoración de las ofertas un margen de discrecionalidad que ha sido fuente de abundante conflicto.

El procedimiento pasa por que la mesa de contratación, o la unidad técnica encargada de la preparación, eleve al órgano de contratación la propuesta de adjudicación. Esta propuesta es el resultado del procedimiento de adjudicación efectuado conforme a las prescripciones establecidas en los pliegos sin embargo la misma carece de vinculante, el órgano de contratación puede decidir separarse de la misma y optar por otro licitador, no adjudicar el contrato y desistir del procedimiento, o incluso incluir en la propia formalización del contrato, cláusulas que impliquen una modificación sustancial los pliegos. Ejemplo de esta necesidad de motivación de la decisión de apartarse de la propuesta de la mesa es interesante la resolución del Tribunal Administrativo de recursos contractuales de la junta de Andalucía, que precisamente ante un supuesto de esta tipología aclaró que esta una serie de cuestiones que determinan la insuficiente motivación de la actuación administrativa *“primero, porque se funda en la necesidad de un nivel de solvencia o cualificación en el equipo técnico que el pliego no exigió, ni pudo ser tenido en cuenta por los licitadores al presentar sus ofertas; segundo, porque no guarda coherencia con el propio informe técnico sobre valoración de las ofertas, ya que en el mismo se afirma con rotundidad el cumplimiento adecuado de los requisitos técnicos por parte del recurrente y nada se dice sobre la cualificación insuficiente del equipo técnico ofertado, extremo que era ya*

⁴⁸ Resolución nº 1403/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 2 de diciembre de 2019, en el que se produce la recusación de una arquitecta municipal que entra a formar parte del comité especial de valoración de ofertas por haber participado en la redacción de los pliegos de prescripciones técnicas.

⁴⁹ Ejemplo de estos informes es la intervención para la oficina antifraude de Cataluña expuesta por Lara Baena y Roger Folguera, con título Análisis de riesgos en la contratación Pública y conflictos de interés de 13 de diciembre de 2017 Que identifica 12 áreas de riesgo para la integridad de la contratación.

conocido, pues formaba parte de la propuesta técnica; **tercero**, porque la salvaguarda del servicio público y la garantía en la ejecución del contrato no son razones que puedan prevalecer hasta el punto de apartar de la adjudicación al licitador que, cumpliendo con las exigencias de los pliegos, presenta la oferta económicamente más ventajosa y **cuarto**, porque la motivación de una resolución es un medio técnico de control de la causa del acto que trata de impedir decisiones imperativas o voluntaristas y que ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión. Y mal se acompasa con este concepto jurídico una decisión del órgano de contratación que va más allá de lo exigido en los pliegos por él aprobados, contraviniendo el tenor de los mismos.”⁵⁰

Por ello, el legislador ha establecido límites acotando este margen de discrecionalidad, obligaciones de motivación de estas decisiones y nuevas exigencias en materia de transparencia, prohibiendo las cláusulas que impliquen de forma directa o indirecta una alteración de los pliegos. Para ello se han establecido medidas que regulan sobre todo aquellos casos en que la resolución de los recursos interpuestos contra la resolución del expediente de adjudicación se atribuye al mismo órgano que la dictó.

En relación a aquellos casos en los que el órgano opte por resolver el expediente mediante desistimiento, la doctrina del TACRC⁵¹ señala: **“El desistimiento, es una facultad e incluso una obligación del órgano de contratación cuando concurren los requisitos para ello con el fin de impedir la celebración de contratos afectados por graves vicios de nulidad en su tramitación’.** ‘En este sentido se pronuncia la Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-440/13), que correctamente trae a colación el órgano de contratación: De ese modo, el Derecho de la Unión no se opone a que los Estados miembros establezcan, en su normativa, la posibilidad de adoptar una decisión de revocar una licitación. Los **motivos de dicha decisión de revocación pueden basarse así en razones, relacionadas en particular con la apreciación de la oportunidad, desde el punto de vista del interés público, de llevar a término un procedimiento de licitación, habida cuenta, entre otras cosas, de la posible modificación del contexto económico o de las circunstancias de hecho, o incluso de las necesidades de la entidad adjudicadora de que se trata.** Una decisión de ese tipo puede también motivarse por el

⁵⁰ Resolución 11/2012 de 10 de febrero, recurso 1/2012 del TARC de Andalucía

⁵¹ Resolución 254/2019, de 15 de mayo del TACRC

nivel insuficiente de competencia, debido al hecho de que, al finalizar el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión, únicamente quedara un licitador idóneo para ejecutar dicho contrato'. Hay que ser conscientes de que esta es una posibilidad, y que lejos de ser un obstáculo puede suponer un ahorro de tiempo y recursos para la administración. El punto clave será por parte de la administración que esta decisión se motive suficientemente.

V.D- Ofertas anormalmente Bajas

Considero importante recalcar el riesgo que puede haber en este ámbito. Hay que tener en cuenta la relevancia de la adecuada preparación para la gestión de los fondos. El objetivo es ejecutar los fondos y por tanto van a ser necesarios gran cantidad de contratos, pero no hay que primar la cantidad por la calidad. La idea de este apartado consiste en prevenir que los poderes adjudicadores busquen celebrar una gran cantidad de contratos al menor precio en lugar de celebrar los contratos que más opciones tienen de satisfacer el interés público. Hay que ejecutar el 100% de los fondos, pero de la forma más eficaz posible. Es aquí donde entiendo que puede darse un riesgo respecto a las ofertas anormalmente bajas.

Ninguna de las Directivas comunitarias en materia contractual, incluida la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, ha definido qué se entiende por oferta anormalmente baja. Esta cuestión ha sido desarrollada por el legislador nacional. En el caso español es objeto de regulación en la LCSP art 149.

En algunos procedimientos de adjudicación, para incrementar las garantías de imparcialidad la decisión de admisión o exclusión de las denominadas como Ofertas Anormalmente Bajas recae en un órgano colegiado de naturaleza técnica. El artículo 149.2 de la LCSP establece que la mesa de contratación o en su defecto el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentren incursas en presunción de anormalidad, y contemplar en los pliegos los parámetros objetivos que permitan identificar estos casos. Estas ofertas en ningún caso son objeto de exclusión automática, sino que más bien constituyen uno de esos pilares inamovibles que requieren de apreciación por un órgano. Estamos en un contexto que como se refleja a lo largo del trabajo, busca la rapidez de gestión, estas ofertas pueden suponer la dilatación de un procedimiento en tanto se debe dar un trámite de audiencia y emitirse un juicio sobre la validez o no de la oferta. Considero que son dos las posibilidades que la mezcla de los factores puede provocar, por un lado, la

desestimación automática de estas ofertas de facto o bien la aceptación de las mismas sin ejecutar un control suficientemente exhaustivo.

En la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 10/2019,⁵² se desestima el recurso contra exclusión de la oferta presentada por una licitadora en un contrato de servicios. Se recoge en esta resolución la reiterada doctrina del Tribunal sobre esta materia en resoluciones nº 803/2018 y 877/2017.

Señala el Tribunal, *“La doctrina de este Tribunal sobre el alcance y objeto de ese resultado es constante y unánime en el sentido de señalar que el hecho de que una oferta se encuentre en **presunción de anormalidad** constituye un mero indicio, que **en ningún caso puede dar lugar a la exclusión automática de la oferta, sino que necesariamente y en todo caso, debe el órgano de contratación iniciar un procedimiento contradictorio, dando audiencia al licitador cuya oferta esté incurso en dicha presunción, para que pueda justificar satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos y, por tanto, que es susceptible de cumplimiento en sus propios términos, y solo en caso contrario, cabe el rechazo de la oferta anormalmente baja y la exclusión del licitador oferente.**”*

Se extrae de este texto una nueva referencia a lo que ya es una constante, la motivación de los actos de la administración.

Por el contrario, cuando se trata de admitir la justificación presentada por el licitador, es ejemplificativa la resolución 210/2019 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias señala que *“en relación con la justificación de la oferta por el licitador, señala la doctrina de los órganos administrativos de recursos contractuales que es uno de los dos actos más relevantes en el procedimiento contradictorio sobre ofertas anormalmente bajas. La mencionada doctrina es unánime al señalar los parámetros a tener en cuenta en la elaboración de la justificación de la oferta por el licitador”* cita aquí el tribunal la Resolución TACRC 581/2017, 30 junio en la que establece los parámetros a tener en cuenta para la elaboración de la justificación de la oferta por el licitador: destacando de esta que debe estar dirigida exclusivamente a despejar las

⁵² Resolución 10/2019 de 11 de enero, Recurso nº 1248/2018, se excluye la oferta presentada por un licitador en un procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios, por no alcanzar la propuesta técnica el umbral mínimo y encontrarse en una presunción de anormalidad.

posibles dudas sobre la viabilidad o seriedad de la oferta, la no exigencia de exhaustividad de manera que esta habrá de ser mayor cuanto más baja sea su oferta respecto al valor de adjudicación en que haya incurrido la oferta sino que lo que se busca es que se ofrezca al órgano de contratación argumentos que permitan explicar la viabilidad y seriedad de la oferta, que no tiene objeto demostrar su viabilidad sino explicar la baja propuesta y permitir al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo legalmente.⁵³

Encontramos dos cuestiones en este punto, la primera dirigida a otorgar el carácter de anormalmente baja, que se puede aplicar mediante una fórmula matemática, y la segunda es que criterios resultan de aplicación a estas ofertas. Para abordar ambas me basaré en un informe de la Junta consultiva de contratación administrativa de Aragón que considero ilustrativa a estos efectos.⁵⁴ Respecto a la identificación de una oferta como anormalmente baja, reitera el tribunal la corrección de implementar parámetros y fórmulas que permitan una “automatización” del proceso. A este respecto entra la valoración de la segunda cuestión ya que esto será posible siempre que el único criterio a valorar sea el precio o bien el precio y otro u otros criterios susceptibles de valoración mediante aplicación de fórmula. Para el supuesto en que hubiera más de un criterio y que no pudieran ser valorados sino mediante una apreciación profesional, la valoración deberá realizarse conforme a las previsiones al respecto establecidas en los pliegos.

Atendiendo a esto parece que el objetivo del legislador con este artículo es garantizar que se puedan adjudicar los contratos a estas ofertas pues la necesidad de motivación de exclusión supone un gravamen mayor que la necesidad de justificación de la oferta por parte del licitador. Respecto a garantizar la participación de todos los potenciales licitadores, hecho acertado en cuanto a garantizar la competitividad y la afluencia de licitadores al procedimiento, pero también parece que una vez más lo que se prima es el precio. Parece que la ley resta relevancia a la función estatal de regulación de mercado, prevención de competencia desleal y otras obligaciones que buscan asegurar la adecuada y justa competencia pues no se encuentran referencias a estas materias en la redacción de estas cuestiones.

⁵³ Referencias Resolución 210/2019, de 15 de octubre recurso 129-2019, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias sobre la insuficiente motivación del órgano de contratación para aceptar la oferta y Resolución nº 581/2017 recurso 464/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales contra la resolución de un lote de un contrato de suministro.

⁵⁴ Informe 11/2014 de 7 de mayo de la junta consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

V.E- El procedimiento simplificado

El artículo 51 del RD36/2020 atribuye a los poderes públicos la potestad de optar por la aplicación del procedimiento abierto simplificado abreviado (art 159.6 LCSP) para aquellos contratos de obras de valor estimado inferior a 200.000 euros y a los contratos de suministros y servicios de valor estimado inferior a 100.000€ que se vayan a financiar con fondos del PRTR⁵⁵ **excepto aquellos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual.** Aunque con la reforma de la LCSP por la Ley 11/2020 de Presupuestos del Estado para 2021, la cuantía para los contratos de suministros y servicios se ha elevado también a las cuantías de los contratos SARA hay que recordar que las cuantías previstas en la LCSP para la utilización de este procedimiento son valor estimado inferior a 80.000 euros en los contratos de obras y valor estimado inferior a 60.000 euros en los contratos de suministros y de servicios -la Ley 11/2020 ha elevado la cuantía para los contratos de suministros y de servicios de 35.000 a 60.000 euros.

Esta herramienta introducida en la LCSP tenía la vocación de dotar de agilidad a la contratación permitiendo que un contrato *“estuviera adjudicado en el plazo de un mes desde que se convoca la licitación”*.

Recordamos las características de esta modalidad como la reducción de plazos de presentación de proposiciones y la concentración de trámites acortando la duración total del procedimiento. El requisito de publicidad para aquellos contratos que se tramitan mediante este procedimiento es también más laxo, pues basta con que el anuncio de licitación se publique en el perfil del contratante no siendo preceptiva la publicación de los mismos en el boletín oficial correspondiente, sin perjuicio de la publicación en la Plataforma de Contratos del Sector público en la que esté alojado el perfil del contratante. Aquellos licitadores que pretendan participar en estos procedimientos deberán estar inscritos en el registro oficial de Licitadores y empresas clasificadas del Sector Público o registro correspondiente de la comunidad autónoma, siempre que no se vea limitada la libre concurrencia. Esta última previsión plantea serias dudas que pueden acarrear malas praxis, a este respecto la doctrina admite que la obligación de estar inscrito no impide que se

⁵⁵ Campos Acuña C. (2021) Modernización de la administración pública y Plan de recuperación. Las 15 Claves de la revolución administrativa. Wolters Kluwer.

puedan admitir a licitadores no inscritos siempre que se estableciera en los pliegos.⁵⁶ Blázquez Lidoy⁵⁷ complementa este comentario resaltando la finalidad de “*preservar la posibilidad de que cuando en un sector determinado haya pocas o ninguna empresa inscrita en el Registro de licitadores se pueda utilizar también el procedimiento abierto simplificado.*” La admisión de licitadores no registrados queda configurada como una excepción en defecto de licitadores que sí consten inscritos. Se aplica esto para sectores en los que puedan abundar las PYMES que no tienen un tráfico habitual de contratación con la administración.

VI.- Fase de ejecución y Desarrollo de la vida el contrato

El plan Next Generation establece que los proyectos deben ser ejecutados antes de 2026 por lo que se realza la relevancia de esta fase que se inicia con la ejecución del contrato para obtener las prestaciones que la administración necesita, y finaliza con la extinción de todas las responsabilidades contractuales. Esta fase es el objetivo del contrato es la que satisface ese interés público, siendo las fases previas una preparación de esta. Es en este momento cuando se plantean algunos de los mayores retos, como la obtención de una prestación diferente a la contratada, modificaciones injustificadas del contrato, autorizaciones de pagos irregulares, no exigencia de responsabilidades por incumplimientos.

Si bien el RD Ley 36/2020 presta gran atención a las normas de preparación y adjudicación su regulación de la ejecución del contrato es prácticamente inexistente, de hecho, en todo el capítulo dedicado a las especialidades de en materia de contratación ni siquiera encontramos la palabra ejecución, por lo que esta fase atenderá a las previsiones preexistentes al respecto en la LCSP.

Para la gestión de estos proyectos no podemos, como se ha venido haciendo tradicionalmente, lanzar la adjudicación y dejar para esta fase la definición de los detalles articulados como modificaciones del contrato o técnicas semejantes. Las prestaciones deberán definirse en los pliegos de forma que esta fase salvo los casos en que no sea posible sea un checklist de los condicionados previos. Para asegurar esta función, conviene como se ha ido alegando de todo este trabajo reforzar el sistema de supervisión de

⁵⁶ Gallego Córcoles (2018) “*El procedimiento abierto simplificado y el procedimiento simplificadísimo*” Contratación administrativa práctica.

los proyectos de contratos financiados con fondos del PRTR, así como el sistema de exigencia de responsabilidad de los proyectistas y responsables. Hay que insistir en la línea que lo hace el RD Ley 36/2020 en extremar la cautela de las fases de preparación y adjudicación de los contratos, asegurando la corrección y viabilidad de los proyectos y establecer un sistema eficaz de exigencia de responsabilidades que no supongan un obstáculo para los mismos.

Los contratos financiados por el PRTR tienen unos plazos concretos que implican la necesidad agilidad de todo el procedimiento y la resolución de incidencias y conflictos no pueden suponer un obstáculo. Una de las soluciones que propone la doctrina es el recurso a los sistemas de arbitraje. Esta fórmula no está incluida en la LCSP, ni en el RD Ley 36/2020 pero esta omisión no puede ser entendida como una prohibición como menciona Gimeno Feliu⁵⁸ esta ausencia no puede entenderse sino como una potestad.

Será en los pliegos de cláusulas administrativas donde se prevea la inclusión de una cláusula arbitral, para la resolución de las controversias que surjan durante la ejecución del contrato, en consonancia con el art. 86.1 de la Ley 39/2015.

Para las entidades que no tengan la consideración de Administración pública a efectos de la LCSP, la ejecución de sus contratos queda sometida al derecho privado por la inclusión de una cláusula de arbitraje no encuentra mayor requisito o impedimento que la voluntad de las partes.

VI.I.- Condiciones especiales de ejecución

Como he mencionado previamente los contratos que se celebren van a versar sobre materias y técnicas que han sido prácticamente desconocidas para los órganos de contratación. Los contratos que van a celebrarse van a requerir así de condiciones especiales de ejecución, obligaciones incorporadas a los pliegos o al contrato que el órgano de contratación ha considerado, por su importancia, elementos esenciales de la fase de ejecución del contrato y cuyo incumplimiento devengará una especial responsabilidad por parte del contratista. El TACRC consideró de hecho sobre estas que “-El artículo 70 de la

⁵⁷ Blázquez Lidoy A. (2018) El procedimiento abierto simplificado y la obligación de estar inscrito en el ROLECE. Publicado en el OBCP.

⁵⁸ Gimeno Feliu J.M. (2017) Hacia una nueva ley de contratos del sector público ¿Una nueva oportunidad perdida)? Revista española de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza.

Directiva 2014/24/UE y el 202 de la LCSP, efectivamente, permiten a los órganos de contratación (ambos textos legales emplean el verbo “podrán”) establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos, pudiendo referirse, en especial, a consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.”⁵⁹

Estas cláusulas no deben considerarse como criterios de adjudicación no inciden en la evaluación de las proposiciones pues su eficacia comienza y termina en la fase de ejecución del contrato. El art. 202.1 LCSP determina la obligación de establecer al menos una condición especial de ejecución relacionada con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social en todos los contratos. Esta obligación sigue vigente (pues no hay previsión en contrario) para los contratos financiados del PRTR, y no puede entenderse de otra forma pues precisamente estas materias forman parte de los pilares que establece la normativa europea para estos contratos. La elección de estas condiciones habrá de justificarse en el expediente lo que puede que no sea sencillo para los poderes públicos pues como he mencionado la innovación y cláusulas sociales y medioambientales no han sido un campo de excesivo desarrollo. Sí que queda claro que esas condiciones especiales de ejecución no pueden resultar discriminatorias, por lo que se exige su inclusión en el anuncio de licitación y en los pliegos. Para asegurar el cumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, los órganos de contratación pueden articular varias medidas como la imposición de penalidades (192.1 LCSP), o la configuración de este incumplimiento como causa de resolución del contrato con el único requisito de que esta circunstancia conste en el pliego.

VI.II- Modificaciones contractuales injustificadas

El régimen de modificaciones contractuales **fue concebido como un sistema para dotar de flexibilidad** al rígido sistema de contratación sin embargo se ha convertido en un espacio instrumental para conductas fraudulentas. Esto provoca que incluso en un escenario ideal en el que el procedimiento de preparación y adjudicación cumpla con todas las garantías legales aplicables y se celebre de acuerdo a la normativa, puede apartarse de toda esta trayectoria tras una modificación sustancial del mismo durante el periodo de ejecución.

⁵⁹ TACRC Resolución 1071/2018 recursos 654 y 658 /2018

Un ejemplo de esto sería el contrato de obras que se presupuesta en una cantidad de dos millones de euros, se adjudica a un contratista por un millón y medio y termina costando tres millones al erario público. Y es que Gallego Córcoles ya mencionaba esta circunstancia *“La aplicación las reglas sobre modificación de los contratos puede en demasiadas ocasiones prestarse abusos tal y como la práctica, de forma tozuda, se ha encargado de demostrar. Por ello es inaplazable instaurar los correspondientes mecanismos de control y transparencia.”*⁶⁰

Los riesgos que plantea esta fase se manifiestan en la necesidad de juicio relativo a la necesidad, motivación y el margen susceptible de modificación siempre y cuando sea **debido a incidencias o imprevistos** surgidos durante la ejecución del contrato, que no imputables al contratista y que debido a su entidad ocasionen que el contrato tramitado devengue en ineficaz en caso de no tramitarse la modificación.

Siempre va a haber ese riesgo de que aparezcan influencias externas para modificar injustificadamente un contrato. La LCSP ha tratado de reducir estas oportunidades a través de obligaciones de transparencia, de motivación de las decisiones, controles internos y la regulación de los límites a las modificaciones contractuales, prórrogas o en los contratos complementarios. Sin embargo, en ocasiones, estas modificaciones no se formalizan, sino que, simplemente, se producen. La jurisprudencia ha ido perfilando esta materia en cuanto a conceptos como la sustancialidad de la modificación, las causas sobrevenidas u otras similares.⁶¹

Aceptar modificaciones de facto del objeto del contrato o de las condiciones de ejecución. la sustitución injustificada o irregular del adjudicatario o del ejecutor (si se subcontrata) del contrato. Las relativas a las prórrogas del contrato innecesarias o injustificables, aprobación de contratos complementarios injustificados o irregulares.

El RD Ley 36/2020 no añade ninguna nota a la regulación expuesta. Estos condicionados expuestos por los tribunales inciden una vez más en la necesidad de establecer unos mecanismos de control proporcionales a los ámbitos de discrecionalidad de la administración. La flexibilidad que ofrecen técnicas como la expuesta en este epígrafe, permiten adaptar un contrato (siempre dentro de lo imprescindible) a circunstancias

⁶⁰ Gallego Córcoles I (2015) La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública.

⁶¹ Resolución nº 27/2020 recurso 1437/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

sobrevenidas que no fueron previstas por el órgano. Considero precisamente que esta razón de ser es la justificación, la circunstancia que origina la necesidad de modificación debe ser por sí solo presupuesto suficiente para justificarla. Y para ello deberá poder demostrarse como en los casos de causa mayor, que fue imposible prever la misma a la hora de configurar la fase de preparación del contrato.

VII.- El control de la actividad

Como se ha ido haciendo hincapié a lo largo de este trabajo, la agilización de los procedimientos de contratación no debe suponer una merma de las garantías y controles de ejecución de los fondos. Las garantías de control y buena administración deben de hecho reforzarse. El gran volumen de fondos previsto y el escaso tiempo para su compromiso y ejecución provoca una situación de riesgo que requiere, la implementación de los correspondientes controles en todas las fases de los procedimientos, así como un seguimiento continuo.

Para hacer frente a las necesidades actuales y futuras de control la legislación contempla una serie de posibilidades como es la figura del responsable del contrato. Esta figura está contemplada en el art. 62 LCSP que establece que *“Con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos, los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él”*

Del texto citado podemos extraer varias notas, como es el carácter obligatorio de esta figura, su función de supervisión de la ejecución, así como el deber de adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada dentro de las facultades que se le atribuyan en los pliegos, pero la que más llama la atención es la posibilidad de ser una persona física o jurídica ajena a la entidad contratante. Encontramos aquí otra referencia a la colaboración público-privada que considero de gran relevancia.

Así mismo van a jugar un papel especialmente relevante los órganos consultivos en materia de contratación, así como la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la

Contratación Pública (OIRESCON) a cuyos trabajos en este sentido ya se ha ido haciendo referencia, o la propia Intervención del estado que sin tener este carácter consultivo se ha pronunciado sobre esta materia mediante la emisión de informes y recomendaciones señalando entre otras cosas esta necesidad de reforzar los controles sobre todo en los contratos menores y contratos negociados sin publicidad “*Fortalecer el sistema de control interno mediante una coordinación/supervisión entre los OC y entre los OC y las unidades proponentes. A estos efectos, se recomienda la emisión de manuales sobre procedimientos completos y actualizados (con listas de comprobación de requisitos, procesos internos de control, mecanismos de comprobación de vinculación de empresas, verificación de si los bienes o servicios han sido declarados de contratación centralizada, etcétera) y la determinación de un responsable de la contratación o coordinador general si existen varios OC puede ser adecuada.*” ⁶²

El Real Decreto Ley 36/2020 atribuye expresamente la función de interpretación de sus disposiciones en materia de contratación a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, otorgándole la potestad para dictar las Instrucciones que resulten necesarias para coordinar la aplicación de las disposiciones a la vez que controla la correcta aplicación de la legislación de la contratación pública. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ya ha dictado alguna Instrucción que serán obligatorias únicamente para los órganos de contratación del sector público estatal.

Por otro lado, a pesar del silencio del Real Decreto Ley 36/2020 sobre las funciones que ha de desempeñar la OIRESCON en relación con los contratos financiados del PRTR, dicho órgano ha publicado recientemente la Guía básica Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Los comentarios que formula la OIRESCON sobre las disposiciones en materia de contratación en esta guía se complementan con un apartado de recomendaciones que enfatizan esa necesidad de reforzar el control, a la utilización de consultas preliminares o de valoración preponderante de criterios de adjudicación evaluables con fórmulas, como medida de agilización de los procedimientos, el refuerzo de la figura del responsable del contrato o la conveniencia de articular un seguimiento de estos proyectos.

⁶² Informe de la intervención general de la administración del estado relativo a los principales resultados de control en materia de contratación pública conforme al artículo 332.11 de la lscp

VII.- El recurso especial en materia de contratación

*Se trata éste de un recurso de tramitación ágil pensado para, según la Directiva, poner remedio a la práctica observada en los poderes adjudicadores y las entidades contratantes de proceder a la firma acelerada de los contratos para "hacer irreversibles las consecuencias de la decisión de adjudicación controvertida" (considerando 4º). Por eso, el artículo 2.8 requiere a los Estados velar "porque las decisiones adoptadas por los órganos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz"*⁶³

Según datos del tribunal administrativo central de recursos contractuales⁶⁴ en el año 2018, se presentaron 1.396 recursos. El acto más recurrido sigue siendo el de adjudicación, un 41% (579 recursos), seguido de los pliegos, un 30% (423 recursos). Un 22% de los recursos se presenta contra acuerdos de exclusión previos a la adjudicación (309). El resto de los recursos (el 6 % del total) se presentaron contra actos de trámite como propuestas de adjudicación, propuestas de exclusión o informes de valoración y otros que, en su mayor parte, no reunían la condición de actos cualificados, por lo que los recursos fueron inadmitidos. **Más de las dos terceras partes de los recursos presentados en 2018 se refieren a contratos de servicios** (un 72,1%), aún más si se tiene en cuenta que muchos de los recursos referidos a acuerdos marco (un 5%) corresponden también en su mayor a contratos de servicios. Los contratos de suministro se impugnan en un 16,1% de los casos. En el caso de los Ministerios y organismos públicos adscritos, los recursos presentados suponen una cifra similar a la de 2017. En el caso de Fomento, la mayor parte de los recursos corresponden a AENA (31 recursos), Autoridades Portuarias (29) y Adif (17 recursos). El número de recursos en el ámbito de las CC.AA. (916 recursos) es un 6,7% superior al de 2017. Una buena parte (el 43%) corresponden a Ayuntamientos (381 recursos) y Diputaciones (16 recursos), correspondiendo el 57% restante a recursos dictados por las administraciones autonómicas. Los recursos procedentes de entidades locales se han incrementado en un 5% en relación con 2017. Del total de recursos resueltos en 2018, 1.369, se han admitido a trámite y dictado una resolución sobre el fondo del asunto en un 70% de los casos. De los recursos admitidos, un 24,9% se estimaron, total o parcialmente (237 recursos), y un 72% se desestimaron (684 recursos). En 26 casos,

⁶³ STS 4223/2014 de 23 de octubre ECLI:ES:TS: 2014:4223

⁶⁴ Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (2018) memoria de actividades.

desistieron los recurrentes. Las causas de inadmisión son variadas, entre ellas, destacan la inadmisión por presentación del recurso fuera de plazo, por tratarse de la impugnación de actos de trámite no recurribles y por no superar el contrato los umbrales previstos legalmente para tener acceso al recurso.

El artículo 50.1 de la LPACAP establece un plazo de 15 días hábiles para presentar el escrito de interposición, que es complementado ya por la LCSP en su art 50.1 en el que se establecen las normas para el cómputo del mencionado plazo. La fecha a quo dependerá del objeto de la impugnación, que podrá ser la publicación en el perfil del contratante cuando el recurso se interponga contra el anuncio de licitación los pliegos y demás documentos contractuales, modificaciones que debieron dar lugar a una nueva adjudicación o se trate de un encargo a medio propio que no cumple con los requisitos establecidos para ello; la remisión de la invitación en los procedimientos negociados sin publicidad, el conocimiento de la infracción que se impugna cuando el recurso se interponga contra actos de trámite, la notificación de la adjudicación o la notificación en los restantes casos. Así mismo se establecen plazos especiales para recursos basados en causas de nulidad, 30 días hábiles desde la publicación de la formalización para supuestos de falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil del contratante, y 6 meses para los restantes casos de nulidad.

El artículo 58 del RD Ley 36/2020 establece especialidades en la regulación del recurso especial en materia contractual. Hace referencia de nuevo a una aplicación exclusiva en referencia a aquellos contratos que vayan a ser financiados con fondos del PRTR y además introduce la previsión “siempre que los procedimientos de selección del contratista se hayan tramitado efectivamente de forma electrónica”. La aplicación de las especialidades conlleva que el órgano no podrá formalizar el contrato hasta que hayan transcurrido 10 días naturales a partir del siguiente a la notificación de la resolución del contrato, en lugar del plazo general de 15 días hábiles establecido en la LCSP. El mismo plazo de 10 días naturales regirá en cuanto al plazo de interposición. Esta previsión corresponde a la ya reiterada vocación de agilidad. Puede defenderse esta regulación en consonancia con las previsiones de información previa y preparación de ofertas con anterioridad al mismo procedimiento de adjudicación. Si bien considero esta posibilidad acertada, en aquellos casos que se produzcan conductas fraudulentas, el acortamiento podría jugar un papel en favor del infractor. Así como el trámite de urgencia se aplica caso por caso exigiendo motivación del mismo considero que la misma exigencia podría aplicarse a este precepto.

El apartado b) del artículo establece un plazo de 5 días hábiles para pronunciarse sobre la concurrencia de causas de inadmisibilidad, se entiende que formales, así como sobre la continuidad de las medidas cautelares adoptadas.

A la vista de estos preceptos la JCCPE ha emitido informe aclaratorio⁶⁵ en el que clarifica algunos conceptos. En primer lugar, acerca del plazo para recurrir actos que no sean la propia adjudicación del contrato (art 58 RDL) se considera que la reducción del plazo citada alcanza a los recursos que vayan contra cualquier acto, pues considerando que el objetivo es dotar de agilidad no tendría sentido que solo el acto de adjudicación gozara de esta reducción.

El artículo 50.2 del RDL 36/2020 establece prioridad de tramitación establece de aquellos contratos financiados con los fondos del PRTR para su despacho sobre los otros contratos en los órganos competentes para su tramitación. A esto se suma una reducción del plazo para emitir los informes necesarios a cinco días naturales sin que quepa prórroga alguna. Pero aun regulando esta norma las peculiaridades del recurso especial, no establece de forma expresa una prioridad de despacho de los mismos, cabría una interpretación extensiva de la prioridad de despacho del expediente del contrato ampliando la misma sobre los recursos derivados del mismo, pero esto no ha sido regulado por el legislador. Esto mismo puede inferirse de la sí expresamente recogida reducción del plazo de interposición.

Considero que hay riesgo de que un recurso contractual pueda dilatarse en su resolución de forma motivada o no y que esto mismo puede suponer un foco para conductas fraudulentas. Incluso aunque nos encontráramos ante un procedimiento de adjudicación tramitado por vía de urgencia no puede extenderse la prioridad de despacho pues la misma tiene el mismo carácter expuesto, que afecta al procedimiento de adjudicación propiamente dicho y no hay precepto que aluda a la extensión de la misma a la resolución de los eventuales recursos que puedan surgir. Surge aquí una nueva área de riesgo de “atascar” los tribunales. Se van a celebrar gran cantidad de contratos y por ende es posible recibir una cantidad de recursos a los mismos muy superior a la que se da en el tráfico habitual. Considero esencial esa consideración extensiva de la prioridad de expediente al despacho de los mismos. La JCCPE considera que es suficiente con las reglas que regulan actualmente el recurso sin

⁶⁵ Informe 8/21. Recurso especial y contratos financiados por el Plan de Recuperación, Transformación y

embargo atendiendo al eventual volumen de contratos que se van a celebrar y de los eventuales recursos sí que habría sido beneficioso el establecimiento de una cláusula potestativa para los propios tribunales de contratos de otorgar esta prioridad de despacho a estos contratos. A este respecto Miranzo Díaz⁶⁶ respecto a este informe considera que habrá de mantenerse un plazo de espera antes de la formalización de los contratos financiados que sean objeto de recurso, que si el legislador hubiera querido establecer alguna otra condición procedimental para poder acudir al mecanismo del recurso especial, sin duda lo hubiera mencionado expresamente en la ley por lo que los umbrales del recurso no están vinculados con el uso de un determinado procedimiento de contratación y que igualmente si se hubiera pretendido dar prioridad de despacho a los recursos referidos a estos contratos se habría especificado en la norma.

En cuanto a la legitimación el RD Ley no establece ninguna previsión al efecto, por lo que acudiremos a la doctrina de los tribunales que en los últimos años ha venido extendiendo la legitimación que establece el artículo 48 de la LCSP. Este artículo establece potestad para interponer recurso a cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso, así como las organizaciones sindicales en caso de incumplimientos de obligaciones sociales o laborales por parte de los empresarios. La doctrina del tribunal en relación a esta previsión sobre todo en cuanto al concepto del interés legítimo establece que este *“se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta (STC 52/2007, de 12 de marzo, F. 3; también, entre otras, SSTC 252/2000, de 30 de octubre, F. 3; 73/2006, de 13 de marzo, F. 4)”*.⁶⁷ En relación a la situación que nos atañe, esta doctrina es una espada de doble filo, en

Resiliencia.

⁶⁶ Miranzo Díaz J. (2021) Recurso especial y contratos financiados por el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. ObCP

⁶⁷ Resolución n° 427/2019 de 25 de abril del TACRC

primer lugar un concepto jurídico como el interés legítimo permite acceder a la tutela de los tribunales especializados al máximo número de personas garantizando así un mayor control sobre la actividad de la administración. Pero no hay que olvidar que vamos en un contrarreloj, las previsiones del nuevo RD Ley se dirigen a recortar plazos y dar celeridad a la tramitación de estos procedimientos. El punto de inflexión va a ser la actividad de los magistrados de estos órganos, que deberán prestar una especial atención a conceptos como estos con el fin de discretizar aquellos casos que merecen una especial atención de aquellos que carecen de fundamento e interés.

VIII.- Conclusiones

La constante durante todo este periodo va a ser la búsqueda de celeridad. Hay que hacer las cosas rápido y respetando todas las garantías. Las directivas europeas en materia de contratación de 2014 fueron las primeras en empezar a introducir ya requisitos de transparencia, celeridad y eficiencia en el marco de la estrategia Europa 2020. La tendencia creada por estas normas fue hacia la simplificación y flexibilización normativa para la aplicación de procedimientos más racionales y eficientes como acuerdos marco o sistemas dinámicos de adquisición, y el fomento de la participación de PYMES.

La LCSP supuso la adaptación de estos objetivos al ordenamiento jurídico español, como se ha mencionado introdujo algunas novedades importantes como el principio de integridad, mayores requisitos de motivación de los actos y refuerzo de la transparencia, sin embargo, su creación no fue perfecta. Se han expuesto los problemas de la longitud y el entramado que conforman no solo esta ley sino el conjunto de normas que configuran la contratación administrativa haciendo hincapié en la gran complejidad técnica que esta implica. Se ha señalado así mismo la ausencia de personal especialista formado en contratación que se pone más en manifiesto precisamente en aquellas entidades que más difícil tienen aplicar la normativa las entidades locales. La solución puede parecer evidente más personal y más órganos dedicados podrán encargarse mejor de gestionar esta carga de trabajo. Sin embargo y en línea con el resto del trabajo, estamos en una situación de contrarreloj, nuestros especialistas están gestionando estos expedientes y hay que recordar que como he mencionado previamente esta es una disciplina que no destaca especialmente por disponer de una gran cantidad de especialistas.

Y es que bien es cierto que la transposición tanto normativa como más aún la de facto han sido lentas y de hecho aún no han concluido pues como se ha ido haciendo referencia la administración no tiene la infraestructura necesaria para proveer una base informática que permita tramitar los procedimientos de forma enteramente electrónica y que aún en el supuesto de que se hubiera podido hacer, no habría personal capacitado para hacerlo, pero todos estos aspectos negativos considero que no dejan de ser problemas más formales que de fondo y que se pueden ir subsanando, precisamente, opino que el contexto actuales una gran oportunidad a la vez que un gran reto pues supone la oportunidad de obtener los recursos necesarios para cambiar esto, sin perder de vista que estas reglas con la dificultad que entrañan van a ser las que se apliquen al mismo.

Con este objetivo de recibir y facilitar la obtención de los fondos europeos, nace en España el RDL 36/2020. Este supone el marco normativo institucional para esa gestión de los fondos. Sin embargo y de acuerdo con el profesor Gimeno Feliu este tiene un espíritu demasiado centralista en aplicación del principio Europeo de Unidad en la diversidad. Refleja esta norma esa dificultad formal de la aplicación de la normativa de contratos, dificultad que siguiendo con el espíritu de la normativa comunitaria afronta a través de la agilidad, reducción de plazos y flexibilidad en la gestión. El propósito está claro debe ser eficaz y no puede permitirse obstáculos formales, pues de otra forma se perdería el derecho a esos fondos.

El contexto es que la comisión europea ha establecido ya que los fondos NextGenerationEU, no buscan repartir fondos entre las administraciones públicas y que sean estas las que los distribuyan a las empresas con sus propios criterios, sino que les han otorgado un carácter finalista, se exigen un resultado, se busca seleccionar proyectos de mejora de la sociedad. El fin es reactivar el modelo económico europeo sin reactivar esos espacios de opacidad a los que continuamente se ha hecho referencia en este trabajo para ello se hace especial hincapié en la ejecución, sí ese es el carácter de la parte económica, pero como menciono de facto se busca una mejora de la administración, los objetivos que fija la UE tienen entre ellos las mejoras medioambientales, sociales, electrónicas y administrativas, es una oportunidad de mejorar la economía a la vez que mejoramos el estado. Hasta la fecha, el proceso de los rescates de las empresas y adjudicación de los fondos europeos se ha caracterizado por la falta de transparencia, acceso a la información, control público y buen gobierno. Tampoco se han generado los procesos y espacios para

una participación real de la sociedad civil, entendida en un sentido más amplio al tradicional binomio patronales-sindicatos. De hecho, en el actual programa se ha negociado con los grandes grupos empresariales, pero no se ha hecho una campaña a gran escala en esa búsqueda de la participación ciudadana o de las PYMES. Hay que recordar que la buena gobernanza, la transparencia y la participación pública son principios fundamentales recogidos en el Convenio de Aarhus de acceso a la información ambiental. Sin embargo, como vengo mencionando, el gobierno de España no está teniendo un diálogo democrático con todos los actores.⁶⁸

La LCSP va a ser junto al RDL 36/2020 que introduce las especialidades dedicadas a los fondos europeos la herramienta fundamental para su compromiso y ejecución.

Analizando los puntos débiles e indicadores básicos de las malas prácticas considero que, pese a los ejemplos citados y a la larga trayectoria de corrupción y malversación del dinero público a través de la contratación, la corrupción tal y como la hemos conocido no va a ser el protagonista o no va a ser el protagonista exclusivo. Respecto a los fondos europeos considero que tiene incluso más riesgo que se produzca la pérdida del derecho por ejecuciones extemporáneas o tramitaciones defectuosas. Como menciono en uno de los primeros puntos, la legislación ya era difícil de aplicar antes observando exclusivamente la normativa nacional que ahora hay que estar a nuevas normas y criterios de la UE. Sí el gobierno y las comunidades autónomas ya se han puesto de acuerdo para coordinarse, pero opino que no serán pocos los expedientes que pasarán por las manos de los tribunales administrativos de contratos en estos dos años siguientes. La prioridad de la administración debe ser despachar expedientes y en mi opinión eso es lo que va a hacer despachar tantos expedientes como sea posible, pero opino que como se venía haciendo con el precio de los contratos hasta hace poco, este va a ser el único fin, la calidad será dejada a un lado mientras se busca tramitar el máximo número de expedientes y se deja para una fase posterior, en la que los plazos no se marquen desde Bruselas cuando se realicen esos controles. De las medidas de control que establece el RD Ley 36/2020 las referencias a los controles son realizadas en referencia al control presupuestario, pero no añade más medidas que las existentes a los controles procedimentales, o de calidad. Y la LCSP tiene ya como

⁶⁸ Guía NextGenerationEU: más sombras que luces. Análisis de los fondos europeos de recuperación y resiliencia: oportunidades, deficiencias y propuestas. Observatori del Deute.

se ha ido exponiendo controles destinados a salvaguardar estas características, pero considerando el volumen y el hecho de trabajar en paralelo con expedientes sujetos a esta regulación y expedientes que siguen la tramitación ordinaria, considero que deberían haberse previsto mayor número de medidas al respecto, ya no tanto por los usos fraudulentos que se puedan dar, sino ya por la posibilidad de error humano, posibilidad que se acrecienta teniendo en cuenta la precariedad y dificultad técnica de la infraestructura electrónica de la administración pública. Y es que precisamente la mejora de estas tecnologías aplicadas a los procedimientos es una de las materias pendientes que estos fondos persiguen subsanar.

La herramienta fundamental (obviando aquellos fondos que se tramitarán como subvenciones) será como digo la LCSP. Esta ya tenía desde un inicio el objetivo de asegurar la eficiencia en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto y de acuerdo con los principios de integridad, libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores. También pretende salvaguardar la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Esta Ley incorporó importantes novedades dirigidas a promover todos los principios señalados. Sin embargo, como he ido aludiendo se trata de un texto excesivamente extenso, y complicado, que forma parte de la maraña que conforma la legislación contractual. La regulación integral del procedimiento además como han señalado la doctrina y jurisprudencia tiene sus lagunas y flecos que van a ser aún más acentuados cuando haya que tramitar todo el grueso de contratos financiados.

La fase de preparación del contrato encontramos los informes de necesidad, la fijación del precio, los criterios de adjudicación la división del contrato en lotes y el resto de circunstancias que deben constar en los pliegos. Considero esta la fase en la que mayor importancia adquiere el control. Aquí es donde la intervención realiza el control presupuestario y jurídico. De entre las medidas introducidas con la nueva legislación destacan los pliegos tipo que suponen un avance significativo en cuanto permitir a los potenciales licitadores de antemano los requisitos y criterios que serán tenidos en cuenta para poder preparar su oferta, mientras que supone un ahorro importante para la administración en duración de la tramitación y en tener que preparar pliegos para cada contrato. El uso de estos permite además un control acumulativo de contratos que utilicen estos pliegos pues se podría realizar un control conjunto de expedientes al presentar estas

similitudes significativas. La administración debe ser especialmente minuciosa al redactar los criterios de adjudicación, buscando la mayor calidad y no las ofertas más baratas o el mayor número de contratos. Las divisiones en lotes deben utilizarse para el propósito que establece la ley buscar dar entrada a las PYMES y no como forma de escapar de los umbrales de regulación de contratos menores, procedimientos simplificados o contratos SARA.

En la fase de adjudicación como se ha mencionado podemos encontrar prácticas anticompetitivas, conductas colusorias, valoraciones sesgadas, resoluciones irregulares, ofertas anormalmente bajas y usos indebidos del procedimiento simplificado. Aquí el objeto de control y vigilancia debe ser la administración. Será especialmente relevante en esta fase esa justificación de las necesidades y motivación de los actos. Este hecho puede retrasar la tramitación, pero considero que es un precio pequeño a pagar que permitirá reducir la actividad de los tribunales posteriormente que como se ha expuesto en el apartado correspondiente, ha sido ya suficientemente laboriosa, sin contar el tráfico nuevo que va a experimentarse. Considero también la posibilidad de poder efectuar estos controles a posteriori siempre que se establezcan en los pliegos cláusulas adicionales de responsabilidad tanto del órgano que tramita como del licitador que resulte adjudicatario y que sería encargado en caso de fraude de reponer la situación además de indemnizar los daños y perjuicios causados.

El mismo control reforzado debería aplicarse a las modificaciones del contrato y las terminaciones irregulares, así como el régimen de responsabilidad especial establecido en los pliegos, siempre que las modificaciones se produzcan por causas imputables al contratista que no hubieran podido preverse en el momento de preparar y enviar su oferta. Por parte de la administración las exigencias de motivación de la decisión de contratar me parecen otro de los puntos clave y si bien es cierto que la LCSP ya tiene cláusulas al efecto considero que podrían recogerse formularios especialmente de cara a los contratos de menor entidad, aunque más frecuentes que permitan satisfacer tanto las necesidades de control como las de celeridad del procedimiento.

Me sugiere de un interés especial el refuerzo de la nueva legislación de los procedimientos internos de la administración como encargos a medios propios o las sociedades de economía mixta. El optar por estas modalidades exige de un análisis del coste de oportunidad que presenta el realizar la actividad mediante la propia administración o a

través de empresas especialistas. Mientras que parece sencillo el que se opte por esta modalidad para aquellos contratos dirigidos a la ejecución de actividades sencillas, para las cuales cabe considerar que sería suficiente con acreditar que la calidad y en menor medida el coste va a ser mejor en el caso de realizar la actividad la administración directamente, se diluye esta óptica para actividades complejas y las construcciones de mayor entidad. Aquí el problema surgiría con aquellas actividades que se sitúan precisamente en el centro cuya mera cuantificación económica resulta insuficiente y cuyo coste de oportunidad/calidad resultan de muy complejo análisis. En estos supuestos considero la posibilidad de análisis por comités de expertos que establezcan criterios tipo para los tipos contractuales más repetidos. Es indudable la necesidad de análisis detenido para los contratos más de nicho que pocas veces han sido realizados por nuestra administración sobre todo aquellos que incorporan criterios de innovación técnica o tecnológica.

Para estas circunstancias en las que la administración carece de los medios cobra especial relevancia la colaboración público-privada. La asistencia de profesionales especialistas en áreas concretas y ajenos al tránsito de la administración puede ser beneficiosa para la misma, pero entraña un riesgo de parcialidad. Considero esta materia digna de un estudio compartido entre técnicos en contratación pública y técnicos especialistas en contratación de personal mediante la creación de comités u organismos mixtos de contratación de personal especializado, lejos de la libre designación u otros sistemas de designación política. En cuanto a la administración electrónica, es indudable el amplio margen de mejora que queda por delante, el camino que comenzaron las leyes gemelas LPACAP y LRJSP no comenzó con el mejor pie al imponer obligaciones de tramitación electrónica en un país y una administración que no estaba ni de lejos preparada para ello. La contratación tuvo el mismo problema. Las previsiones de publicación electrónica en perfiles del contratante, así como la creación de la plataforma de contratación del estado, son sin duda avances considerables en la dirección adecuada. Pero, así como los registros electrónicos de las sedes de las administraciones, están lejos de ser una herramienta plenamente útil para los usuarios. Tanto usuarios de dentro de la administración como de fuera se ven en gran cantidad de casos fuera de estos procedimientos por ser incapaces de utilizar estas herramientas. Las medidas deben circular en dos sentidos, invertir recursos para que funcionen mejor e invertir en mejoras de la misma desde un punto de vista de la

accesibilidad. Si una de estas dos vías falla la otra devendría inútil por lo que las medidas que se tomen en este sentido deben satisfacer esta doble vía.

Es indudable que un buen control administrativo de la actividad contractual puede **evitar los recursos judiciales tanto en la vía contenciosa como penal**, que en la actualidad está jugando un papel excesivamente protagonista en la fiscalización de los contratos públicos irregulares. Es necesario que las administraciones tutelen de forma eficaz el procedimiento de contratación, para reconocer y paralizar contratos carentes de justificación cuyo seguimiento con mayor interés habría desvelado determinadas prácticas corruptas. Esto efectivamente requeriría de una inversión tanto en medios materiales como formales, pero considero los fondos europeos una oportunidad para la mejora de la contratación administrativa de España, sin perder de vista que a la vez que se tramitan estos se seguirá tramitando el tráfico habitual que merece la misma atención en su tramitación. Una mayor contundencia de la Administración en su actividad sancionadora puede evitar, en gran medida, el recurso final a la vía penal.⁶⁹

⁶⁹ Jareño Leal. A (2019) La justificación del contrato público y el control del expediente de contratación como formas de prevenir los delitos de corrupción. Revista Internacional de transparencia e integridad N° 9

Bibliografía:

Ávila Cano. E, Terol Gómez .R, Vázquez Garranzo. J.

(2021) Consultas Administrativas. Vlex

Aznar Lopez M.

(2018) La colaboración público-privada y su fiscalización. Revista Española de Control Externo

Baena García L. (Autora), Calvo Pozo A (coordinadora)

(2018) Identificación de los riesgos para la integridad de la contratación 12 áreas de riesgos de irregularidades, fraude o corrupción que evaluar. Oficina Antifrau de Cataluña

Intervención para la oficina antifraude de Cataluña expuesta con título Análisis de riesgos en la contratación Pública y conflictos de interés de 13 de diciembre de 2017 Que identifica 12 áreas de riesgo para la integridad de la contratación.

Ballesteros Fernández. G

(2017) (Denunciante del caso ACUAMED) Riesgos de corrupción en contratos públicos como prevenir malas prácticas. Revista Internacional de transparencia e integridad N° 5

Bernal Blay M.

Intervención en el Webinar sobre fondos Next Generation celebrado el 26 de noviembre de 2020 Webinar La gestión de los fondos Next Generation UE a través de contratos públicos.

Blázquez Lidoy A.

(2018) El procedimiento abierto simplificado y la obligación de estar inscrito en el ROLECE. Publicado en el OBCP.

Campos Acuña, Concepción

(2021) La gestión de los fondos Next Generation: claves de la revolución administrativa. Wolters Kluwer,

Artículo Compliance en la contratación pública: mapa de riesgos corrupción y claves para su gestión. Publicado en la obra colectiva Un Año de compra pública con la LCSP. Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.

(2021) Modernización de la administración pública y Plan de recuperación. Las 15 Claves de la revolución administrativa. Wolters Kluwer.

Canales Gil. A, Huerta Barajas J.A.

(2018) Comentarios a la ley 9/2017, de contratos del sector público. Madrid. Boletín Oficial del Estado.

Carbonero Gallardo J.M.

(2020) Motivación y justificación en los expedientes y procedimientos tras la Ley de contratos del sector público 2017. Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal.

Gallego Córcoles

(2021) Oscuros atajos en la gestión de los fondos de recuperación: la tramitación de emergencia. Publicado en el Obcp

(2018) “El procedimiento abierto simplificado y el procedimiento simplificadísimo” Contratación administrativa práctica.

(2015) La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública.

Gimeno Feliu. J.M

(2017) Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública ponencia presentada en I Jornadas Sobre nuevos escenarios de la contratación pública

J.M. (2017) Hacia una nueva ley de contratos del sector público ¿Una nueva oportunidad perdida)? Revista española de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza.

(2014) Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos. Artículo publicado en el OBCP.

Webinario Los fondos EU Next Generation y la compra pública estratégica celebrado el 2 de marzo de 2021

Jareño Leal. A.

(2017) Conductas delictivas en materia de contratación pública. Revista Internacional

(2019) La justificación del contrato público y el control del expediente de contratación como formas de prevenir los delitos de corrupción. Revista Internacional de transparencia e integridad N° 9

Miranzo Diaz J.

(2021) Recurso especial y contratos financiados por el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. ObCP

Moreno Molina J.A

(2021) Las insuficientes medidas de simplificación y agilización de la contratación pública recogidas en el Real Decreto Ley 36/2020. Publicado en el Observatorio de contratación pública.

(2020) Importancia de la planificación y programación de la actividad contractual pública. Artículo publicado en el Obcp el 14 de diciembre 2020.

Moreno Molina, Sanmartín Mora,

(2021) Así como por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación pública, en su «Guía básica Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Muñoz Machado S.

(2015) Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Agencia estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid.

Navarro Molines, G.

(2021) Manual de fondos europeos: programación, gestión, control y evaluación: especial referencia a los aspectos prácticos de los fondos de recuperación y resiliencia. Wolters Kluwer.

Rodríguez López. M., Piñeiro Sánchez C., de Llano Monelos .M

(2013) Mapa de riesgos: identificación y gestión de Riesgos. Publicado Atlantic Review of Economics – 2nd volumen.

Rodríguez Martín-Retortillo M.

(2017) Fraccionamiento del contrato y división en lotes. Posibilidad de limitar el número de lotes a los que un operador económico pueda licitar o adjudicarse a cada licitador. Anuario da Facultades de Dereito da Universidade da Coruña.

Resoluciones y dictámenes

Comisión nacional de los mercados y la competencia

2019-2020 Guía sobre Contratación Pública y Competencia

(2019) E/CNMC/004/18 Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España

Junta consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

Informe 11/2014 de 7 de mayo de la

Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

(2021) Instrucción de 11 de marzo sobre la tramitación de urgencia de los procedimientos de licitación de los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del plan de recuperación, transformación y resiliencia.

2021 Informe 8/21. Recurso especial y contratos financiados por el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

(2017) Informe 6/2016 de 27 de abril

(2018) Conclusiones sobre la interpretación del artículo 100 de la LCSP.

Junta Consultiva de contratación administrativa de la Generalitat de Cataluña

Informe 3/2018 de 20 de abril

Oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación

Informe anual de supervisión de la contratación pública. Modulo V: la supervisión del principio de publicidad y transparencia en la contratación pública 2021.

Informe anual de supervisión (2019)

Tribunal de Cuentas

Informe 948 de 26 de septiembre de 2012

Informe 982 de 25 de abril de 2013

Resolución de 12 de marzo de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización

de las contrataciones desarrolladas por las Entidades Locales en relación con las Inversiones Financiadas por el Fondo Estatal de Inversión Local creado por Real Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre.

Jurisprudencia

Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

Resolución 633/2019 de 13 de junio

Resolución nº 235/2019 de 8 de marzo en el Recurso 764/2018, que anula los criterios de carácter social incluidos por el Principado de Asturias para la adjudicación del servicio de limpieza de las instalaciones de la Radiotelevisión autonómica.

Resolución 962/2020 de 15 de enero de 2021 en relación a resolución del mismo órgano 1201/2018.

Resolución 1238/2018 de 11 de enero

Resolución nº 1403/2019 de 2 de diciembre

Resolución 254/2019, de 15 de mayo

Resolución 10/2019 de 11 de enero

Resolución nº 581/2017 recurso 464/2017

Resolución nº 27/2020 recurso 1437/2019

Resolución 1071/2018 recursos 654 y 658 /2018

(2018) memoria de actividades

Tribunal Administrativo de contratación pública de la Comunidad de Madrid,

Resolución nº 124/2018 de los recursos nº 102 y 106/2018. °1

Resolución nº 221/2021, recursos nº 188,189 y 191/2021

Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias

Resolución 210/2019, de 15 de octubre recurso 129-2019,

Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía

Resolución 11/2012 de 10 de febrero, recurso 1/2012

Tribunal Constitucional

STC 77/1983, de 3 de octubre (ECLI:ES:TC:1983:77)

STC 68/2021 de 18 de marzo (ECLI:ES:TC: 2021:68)

Tribunal de Cuentas

Memoria de la Fiscalía de 2019

Tribunal Supremo

STS 4627/2015 de 3 de noviembre (ECLI:ES:TS: 2015:4627)

STS 7996/2011 de 3 de noviembre (ECLI:ES:TS: 2011:7996)

STS 1190/2021 de 22 de marzo (ECLI:ES:TS: 2021:1190)

STS 627/2006 de 7 de febrero (ECLI:ES:TS: 2006:627)

STS 613/2016 de 8 julio (ECLI: ES:TS: 2016:3153)

STS 4223/2014 de 23 de octubre (ECLI:ES:TS: 2014:4223)

Otros recursos

Plan de recuperación, transformación y resiliencia Plan España Puede, Documento de preguntas y respuestas.

Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia, Componente 11 Modernización de las administraciones públicas.

Exposición realizada por La dirección General de Administración Local publicada en enero del corriente con título Las EELL ante los Fondos Europeos MFP y NG del RDL 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la administración y para la ejecución del plan de recuperación, transformación y resiliencia.

Guía básica del plan de recuperación, transformación y resiliencia, documento de vocación periódica que pretende aclarar los puntos clave de la nueva regulación publicada el 1 de junio de 2021.

Nota aclaratoria de la Comisión Europea “Projects financed from recovery funds: shortening of time limits in public procurement procedures”

Documento “*guía sobre medidas contra la corrupción en la contratación pública y en la gestión de la hacienda pública*” (2014) Buenas prácticas para lograr el cumplimiento del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Resolución de 16 de mayo de 2019, de la Intervención General de la Administración del Estado por la que se aprueba la Instrucción para la elaboración del informe a emitir en virtud del artículo 86.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

Informe de la intervención general de la administración del estado relativo a los principales resultados de control en materia de contratación pública conforme al artículo 332.11 de la lcsp.