

COVID-19: impacto en la contratación pública*

Lidia García Martín

Personal Universitario en Formación (FPU). Área de Derecho Administrativo. Universidad de León.
lidia.garcia@unileon.es

Recibido
29 enero 2021

Aceptado
15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE

Compra pública;
Digitalización; COVID-19; Inteligencia artificial;
Administración electrónica.

KEYWORDS

Public procurement;
Digitization; COVID-19; Artificial intelligence;
eGovernment.

Resumen

La crisis sanitaria ocasionada por la pandemia de la COVID-19 ha afectado a todos los sectores con gran crudeza. La garantía en la prestación de los servicios públicos, así como la continuidad de los procedimientos de compra pública ha propiciado la aprobación de una oleada de decretos leyes para hacer frente a la crisis sanitaria. El presente artículo, a la luz de las consideraciones que instaura nuestra carta magna en relación con la protección de la salud, pretende reflexionar sobre los aciertos y desaciertos de estas nuevas disposiciones normativas, así como perfilar una serie de medidas a tener en cuenta a la hora de garantizar una adecuada prestación de los servicios públicos. Finalmente, se hace una mención especial a la inteligencia artificial en un contexto en el que el teletrabajo de las Administraciones públicas ha sido la única solución efectiva para garantizar la continuidad de la prestación de los servicios públicos durante la declaración del estado de alarma.

COVID-19: impact on public procurement

Abstract

The health crisis caused by the COVID-19 pandemic has affected all sectors very harshly. The guarantee in the provision of public services, as well as the continuity of public procurement procedures has led to the approval of a wave of decree laws to face the health crisis. This article, in the light of the considerations established by our constitution in relation to health protection, aims to reflect on the successes and failures of these new regulatory provisions, as well as outline a series of measures to be taken into account when time to ensure adequate provision of public services. Finally, a special mention is made of artificial intelligence in a context in which teleworking by

* El artículo que ahora se publica se enmarca en el curso “*En defensa de la Constitución*” celebrado los días 3 y 4 de diciembre de 2020 en la Facultad de Derecho de la Universidad de León, bajo mi ponencia titulada “*Covid-19: impacto en la contratación pública electrónica*”. Mi agradecimiento a las organizadoras del evento, las profesoras Dra. Dña. SEIJAS VILLADANGOS y Dra. Dña. MATA SIERRA por impulsar la publicación de este número monográfico que hoy ve la luz. Asimismo, dicho artículo está financiado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, en el marco de los contratos predoctorales de Formación del Profesorado Universitario (FPU17/00287), así como del proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2017-83864-R, de cuyo equipo de trabajo formo parte.

public administrations has been the only effective solution to guarantee the continuity of the provision of public services during the declaration of the state of alarm.

I. El papel de la Unión Europea en materia de contratos públicos ante la crisis sanitaria de la COVID-19 – II. Un apunte a las normas sobre contratación pública a resultados de la crisis sanitaria – III. Referencias normativas a la contratación pública electrónica – IV. La compra centralizada para la adquisición de material sanitario – V. El futuro de la inteligencia artificial y su extensión a los contratos públicos – VI. Conclusiones – Bibliografía

I. EL PAPEL DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS ANTE LA CRISIS SANITARIA DE LA COVID-19

Es imposible analizar el Derecho interno español de la contratación pública sin tener en cuenta el Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. De hecho, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) ha reconocido la naturaleza constitucional de las normas de Derecho originario, de tal manera que los principios que consagra el TFUE son tomados como principios generales de la compra pública en los Estados miembros conforme a los ordenamientos internos nacionales. Estos principios son, entre otros, la libertad de acceso, la publicidad, la transparencia, no discriminación, así como la igualdad de trato.

Así, la Comunicación de 1 de abril de 2020 de la Comisión titulada *Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis sanitaria del COVID-19* (2020/C 1081/01)¹ reconoció la necesidad de adoptar soluciones rápidas e inteligentes para hacer frente a un aumento en la demanda de determinados bienes y servicios, en concreto, cita, «la disponibilidad de equipos de protección individual, como mascarillas y guantes de protección, productos sanitarios, como los respiradores y otros suministros médicos, así como de infraestructura hospitalaria e informática».

De esta forma, la Comisión flexibiliza el procedimiento de contratación pública de la UE para la adquisición de suministros, servicios y obras necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria. Por tanto, nos encontramos ante una guía para el desarrollo de la contratación de extrema urgencia, permitiendo la adquisición de compras en cuestión de días u horas. En concreto, permite que los compradores públicos recurran a la reducción de los plazos para acelerar la tramitación de los procedimientos abiertos o restringidos. Además, para los casos en los que dicha flexibilización resulte insuficiente, habilita al empleo del procedimiento negociado sin publicidad. Finalmente, reconoce la posibilidad de que los compradores públicos recurran a la adjudicación directa a un operador económico preseleccionado, siempre que sea el único que pueda proporcionar los suministros necesarios dentro de los condicionantes técnicos y temporales que impone la extrema urgencia.

¹ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401(05)&from=EN)

De hecho, el artículo 32.2 c) Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, reconoce que será posible emplear el procedimiento negociado sin publicidad cuando, en la medida en que sea estrictamente necesario por razones de urgencia imperiosa resultante de hechos que el poder adjudicador no haya podido prever, no puedan respetarse los plazos de los procedimientos abiertos, restringidos o de licitación con negociación y las circunstancias alegadas para justificar la urgencia imperiosa no sean en ningún caso imputables a los poderes adjudicadores. Sin embargo, como ha señalado la jurisprudencia europea solo podrá acudirse a este procedimiento en caso de extrema urgencia, siendo necesario que en cada licitación se motive en un informe individual la concurrencia de todas y cada una de las condiciones, siendo interpretadas de forma restrictiva².

Estos criterios acumulativos constituyen una condición *sine qua non* para la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad y son reconocidos en la citada Comunicación de 1 de abril de 2020 de la Comisión Europea titulada *Orientaciones sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis sanitaria del COVID-19*. En primer lugar, debe tratarse de sucesos imprevisibles para el poder adjudicador. En nuestro caso, en el momento de la publicación del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 era imposible determinar con exactitud cuántos pacientes necesitarían tratamiento médico cada día. En efecto, la Comunicación reconoce que «es ciertamente imposible prever y planificar con anticipación las necesidades específicas de los hospitales y otros centros sanitarios en lo tocante a proporcionar tratamiento, equipos de protección individual, respiradores, camas adicionales o infraestructuras hospitalarias y de cuidados intensivos adicionales, con todos los equipos técnicos que esto lleva aparejado; por tanto, esto constituye un suceso imprevisible para los poderes adjudicadores». En segundo lugar, que se aprecie una extrema urgencia que haga imposible el cumplimiento de los plazos generales, sobre lo que argumenta que «no puede dudarse de que las necesidades inmediatas de los hospitales y centros sanitarios (en términos de suministros, servicios y obras públicas) tienen que cubrirse con toda la rapidez posible». En tercer lugar, la existencia de un nexo causal entre el suceso imprevisto y la extrema urgencia, en nuestro caso, indudable por cuanto la necesidad inmediata de los hospitales y centros de salud viene motivada por la pandemia de la COVID-19. Por último, debe emplearse en la medida estrictamente necesaria para cubrir el vacío normativo existente hasta que se encuentren soluciones más estables, como pudiera ser el empleo de contratos marco de suministros y servicios adjudicados a través del procedimiento ordinario³.

Con todo, la consecuencia del empleo de este procedimiento implica que los compradores públicos resultan habilitados para la negociación con los posibles contratistas sin necesidad de proporcionar publicidad a dicha licitación, establecer un determinado plazo temporal o consultar previamente a un número mínimo de candidatos. En definitiva, «las autoridades pueden actuar con toda la rapidez que sea técnica y físicamente posible, y el procedimiento puede constituir una adjudicación directa de facto sujeta únicamente a limitaciones físicas o técnicas relacionadas con la disponibilidad real y la velocidad de entrega»⁴.

² Vid., los asuntos C-275/08, *Comisión/Alemania* y C-352/12, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*.

³ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401(05)&from=EN)

⁴ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401(05)&from=EN)

II. UN APUNTE A LAS NORMAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA A RESULTAS DE LA CRISIS SANITARIA

Uno de los sectores más afectados por la declaración del estado de alarma para hacer frente a la crisis sanitaria ha sido, sin duda, el de la contratación pública⁵. En concreto, ha sido necesario dotar de equipos de protección, entre otros, mascarillas, guantes, batas, respiradores y un largo etcétera a los centros sanitarios y residencias de ancianos entre otros.

De esta manera, los cambios que la pandemia ha introducido en el ámbito de la compra pública no han sido pocos, bajo el amparo de lo previsto en el artículo 43 CE, en relación con el derecho a la protección de la salud. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.

En concreto, el *RD-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptaron medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19*, determinó en su artículo 16 la tramitación de emergencia para todos los contratos que fueran a celebrarse por las entidades del sector público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19.

Ahora bien, para poder accionar la tramitación de emergencia del art. 120 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), es necesario, en primer lugar, que la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional. La situación derivada de la pandemia ocasionada por la COVID-19 puede catalogarse como un hecho totalmente imprevisible para los poderes adjudicadores justificativo de la contratación de emergencia. Sin embargo, para MELÓN PARDO «podríamos discutir si en cierta medida no ha sido la propia Administración quien ha contribuido a generarlo, dada la falta de previsión en cuanto al impacto del COVID-19 y por lo tanto la demora en las compras y aprovisionamientos necesarios»⁶.

En segundo lugar, una vez se aprecie el presupuesto de hecho que permita recurrir a la tramitación de emergencia, ello posibilita a las Administraciones públicas recurrir a la contratación verbal, que, como regla general, resulta vedada. Por tanto, la opción de la tramitación de emergencia prevista en la LCSP supone, en palabras de GONZÁLEZ

Recuérdese que el art. 168.b.1º LCSP permite que los órganos de contratación adjudiquen contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación en los contratos de obras, suministros y servicios cuando exista «una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 119».

⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., «COVID-19 y contratación pública: tramitación de emergencia en práctica y otras cuestiones», en: AA. VV, *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 306.

⁶ MELÓN PARDO, C., «El Impacto del Covid-19 sobre la contratación pública: primeras notas», en: M. A. RECUERDA GIRELA, *Anuario de Derecho Administrativo 2020*, p. 703.

GARCÍA, «adquirir sin procedimiento de licitación pública, –contratación directa, en definitiva–, después de una mera negociación entre entidad del sector público y contratista»⁷.

Sobre este punto, debe recordarse que el art. 120 LCSP se refiere a «cuando la Administración tenga que actuar... se estará al siguiente régimen excepcional», por tanto, permite a las Administraciones públicas optar por esta tramitación de emergencia, si bien, el art. 16.2 RD-ley 7/2020, de 12 de marzo, amplía su ámbito subjetivo al permitir la aplicación de la tramitación de emergencia a todos los contratos que hayan de celebrarse por la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de Derecho público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19.

En tercer lugar, la tramitación de emergencia prevista en la LCSP solo exonera de la obligación de tramitar expediente de contratación, pero no excluye la posibilidad de que se empleen instrumentos de racionalización de la compra pública, como los acuerdos marco o las centrales de contratación. De hecho, la *Orden TMA/263/2020, de 20 de marzo, por la que se regula la adquisición y distribución de mascarillas por parte del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana*, empleó la compra centralizada para la adquisición de un máximo de 8.000.000 de mascarillas FFP2 para su distribución en el ámbito del sector del transporte en áreas de riesgo, con motivo de la situación de emergencia de salud pública provocada por el COVID-19. El procedimiento de adquisición de dicho material sanitario se llevó a cabo a través de la entidad pública Puertos del Estado, adscrito al Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana⁸.

En cuarto lugar, dichos contratos deberán respetar las normas sobre publicidad que prevé el art. 154 LCSP al requerir la publicación de la formalización de dichos contratos junto con el correspondiente contrato en un plazo no superior a quince días tras su perfeccionamiento en el perfil de contratante del órgano de contratación, así como en el Diario Oficial de la Unión Europea cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada. Respecto de los contratos menores, el art. 63.4 LCSP impone la publicación trimestral⁹. Además, recuérdese que debe

⁷ GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., «COVID-19 y contratación pública: tramitación de emergencia...», *op. cit.*, p. 311.

⁸ En igual sentido, la *Orden TMA 292/2020, de 26 de marzo, por la que se regula una segunda adquisición y distribución de mascarillas por parte del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana* empleó la compra centralizada para la adquisición de un máximo de 5.000.000 de mascarillas FFP2 con objeto de su distribución en el ámbito del sector del transporte que se encuentren en áreas de riesgo, según los criterios indicados con carácter general por el Ministerio de Sanidad, con motivo de la situación de emergencia de salud pública provocada por el COVID-19. Este procedimiento de adquisición se realizaría a través de la entidad pública empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) adscrita al Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

⁹ En expresión de MELÓN PARDO, C., «El Impacto del Covid-19 sobre la contratación pública: primeras notas», *op. cit.*, p. 703., «la contratación de emergencia se rige por las normas del artículo 120 y no está sujeta a procedimiento, pero ello no significa que no se apliquen las reglas y principios elementales de la contratación pública en materia de capacidad y solvencia de los contratistas (la contratación de emergencia no habilita la selección de operadores económicos inidóneos) y en materia de publicidad y transparencia de los contratos (la contratación de emergencia no puede ser opaca)».

ser igualmente respetado el principio de transparencia. De hecho, de acuerdo con MIRANZO DÍAZ «actualmente existen medios para garantizar la transparencia más allá de la publicidad tradicional, como muestra la experiencia internacional, que evidencia cómo las nuevas tecnologías y la contratación electrónica hacen posible la implantación de mayores estándares de transparencia que deben ser tomados en cuenta»¹⁰.

No obstante, de conformidad con el art. 154.7 LCSP podrá excepcionarse la publicación de determinados datos relativos a la celebración del contrato cuando se considere justificado debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

Por tanto, en expresión de GAMERO CASADO «lo que se permite es que se evite la publicación de “determinados datos”, no que se omita toda publicación»¹¹. En estos casos, se exigirá como paso previo a la decisión de no publicar determinados datos relativos a la celebración del contrato, la emisión de un informe por parte del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, regulado por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en el que se aprecie si el derecho de acceso a la información pública prevalece o no frente a los bienes que se pretenden salvaguardar con su no publicación, siendo evacuado en un plazo máximo de diez días.

Por último, el art. 44.4 LCSP excluye de la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación pública, los procedimientos de adjudicación que se sustancien por el trámite de emergencia.

Asimismo, el art. 16 *Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptaron medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19*, excluyó de la necesidad de facturación electrónica (que obliga la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la facturación electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público) a las facturas emitidas por proveedores no nacionales radicados en el exterior que se correspondieran con contratos a los que me he referido con anterioridad (art. 16.5), es decir, que fueran a celebrarse por las entidades del sector público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente a la crisis sanitaria.

Ahora bien, la competencia para la adquisición de material sanitario que dotara de suficiente abastecimiento a los hospitales y demás centros sanitarios y sociales correspondió, en todo

¹⁰ MIRANZO DÍAZ, J., *Reflexiones sobre la transparencia y la integridad en contrataciones relacionadas con el Covid-19* [en línea] [fecha de consulta: 21/12/2020] accesible en: <http://www.obcp.es/opiniones/reflexiones-sobre-la-transparencia-y-la-integridad-en-contrataciones-relacionadas-con-el>

¹¹ GAMERO CASADO, E., *Transparencia y contratación de emergencia ante el Covid-19*, [en línea] [fecha de consulta: 22/12/2020] accesible en: <http://www.obcp.es/opiniones/transparencia-y-contratacion-de-emergencia-ante-el-covid-19>

momento, a las Comunidades Autónomas de acuerdo con el art. 6 RD 463/2020, de 14 de marzo, para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y por el que se acordó la declaración del Estado de alarma, al señalar que «cada Administración conservará las competencias que le otorga la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma y sin perjuicio de lo establecido en los artículos 4 y 5». Además, este RD suspendió los términos e interrumpió los plazos administrativos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público. Dicha suspensión e interrupción se aplicó a todo el sector público incluido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, si bien, dio continuidad a aquellos procedimientos administrativos relativos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma o relativos a la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios. Esta situación sería mantenida hasta el 1 de junio de 2020. En concreto, fue la disposición derogatoria única del RD 537/2020, de 22 de mayo¹², la que reanudó y/o reinició el cómputo de los plazos administrativos que habían quedado interrumpidos.

En suma, esta suspensión de la actividad contractual ordinaria del sector público sirvió, en palabras de BERNAL BLAY, «para esconder la ausencia de un plan de contingencia en este “sector económico horizontal” que es la contratación pública, cuya importancia cuantitativa y cualitativa desde el punto de vista de lo que representa en términos de Producto Interior Bruto está fuera de toda duda»¹³.

Sobre dicha suspensión tuvo oportunidad de manifestarse la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su *nota informativa de Interpretación de la Disposición adicional tercera del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID19*, en relación con las licitaciones públicas. De hecho, pese a aclarar que se acordaba «la suspensión automática de todos los procedimientos de las entidades del sector público desde la entrada en vigor de la norma, cualquiera que sea su naturaleza y, en consecuencia, también de los propios de la contratación pública...», permitía la continuidad de todos aquellos procedimientos administrativos referidos «a situaciones estrechamente vinculados a los hechos justificativos del estado de alarma, o que sean indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios»¹⁴.

La suspensión de los procedimientos de las entidades del sector público supuso la imposibilidad de seguir celebrando nuevos contratos públicos. Sin embargo, a fin de evitar la suspensión total y la imposibilidad de celebrar nuevos contratos no vinculados a la crisis

¹² Por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

¹³ BERNAL BLAY, M. A., *La contratación pública durante el estado de alarma: reflexiones sobre el funcionamiento del “ecosistema” organizativo* [en línea] [fecha de consulta: 21/01/2020] accesible en: <http://www.obcp.es/opiniones/la-contratacion-publica-durante-el-estado-de-alarma-reflexiones-sobre-el-funcionamiento>

¹⁴ <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/Notas/Nota%20informativa%20RD%20estado%20de%20alarma.pdf>

sanitaria, se recurre a la vía del contrato puente que señala el *Informe 17/2020, de 20 de mayo, de la Junta consultiva de contratación pública del Estado sobre la licitación durante el estado de alarma de contratos no relacionados con la crisis del Covid-19*, que aparecen «única y excepcionalmente justificados por el grave perjuicio que para el interés público representa la pérdida de un servicio que afecte a aspectos tan relevantes como la salubridad o la seguridad pública, y de los que debe hacerse un uso limitado al tiempo estrictamente imprescindible para terminar la licitación correspondiente, todo ello sin perjuicio, cuando proceda, de la responsabilidad del órgano de contratación en los supuestos en que pueda haber existido negligencia en la tramitación»¹⁵.

Por su parte, el art. 34 *RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19*, sancionó diferentes consecuencias en función de la naturaleza del contrato, sin embargo, excluyó de su aplicación a los contratos de servicios o suministro sanitario, farmacéutico o de otra índole, cuyo objeto estuviera vinculado con la crisis sanitaria provocada por la COVID-19, contratos de servicios de seguridad, limpieza o de mantenimiento de sistemas informáticos¹⁶; contratos de servicios o suministro necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte; y, en fin, contratos adjudicados por aquellas entidades públicas que coticen en mercados oficiales y no obtengan ingresos de los Presupuestos Generales del Estado (principalmente, AENA)¹⁷.

Así, los contratos de servicios y suministros de prestación sucesiva, excluyendo a los de material sanitario o que pudieran resultar esenciales para hacer frente a la crisis sanitaria fueron suspendidos total o parcialmente desde el momento en el que no se pudiera continuar con su cumplimiento hasta que fuera posible su reanudación y fuera comunicada por el órgano de contratación al contratista. En ese caso, la entidad adjudicataria debía abonar los daños y perjuicios sufridos por el contratista, previa su justificación por parte de este último.

¹⁵ <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes%202020/2020-017serviciosnecesarios.pdf>

¹⁶ Por el *RD-ley 11/2020, de 31 de marzo*, se añadió «no obstante, en el caso de los contratos de servicios de seguridad y limpieza, sí será posible su suspensión total o parcial, en los términos establecidos en el apartado 1 de este artículo, y a instancia del contratista o de oficio, si como consecuencia de las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas o la Administración local para combatir el COVID 19, alguno o algunos de sus edificios o instalaciones públicas quedaran cerrados total o parcialmente deviniendo imposible que el contratista preste la totalidad o parte de los servicios contratados. En el supuesto de suspensión parcial, el contrato quedará parcialmente suspendido en lo que respecta a la prestación de los servicios vinculados a los edificios o instalaciones públicas cerradas total o parcialmente, desde la fecha en que el edificio o instalación pública o parte de los mismos quede cerrada y hasta que la misma se reabra. A estos efectos, el órgano de contratación le notificará al contratista los servicios de seguridad y limpieza que deban mantenerse en cada uno de los edificios. Asimismo, deberá comunicarle, la fecha de reapertura total del edificio o instalación pública o parte de los mismos para que el contratista proceda a restablecer el servicio en los términos pactados».

¹⁷ Ahora bien, solo limita la suspensión en relación con los contratos de servicios y suministros, por lo que respecto de las obras sí opera la suspensión de los contratos adjudicados por aquellas entidades públicas que coticen en mercados oficiales y no obtengan ingresos de los Presupuestos Generales del Estado.

Por su parte, en los contratos de servicios y suministros de prestación única o no sucesiva, que no hubieran perdido su finalidad durante la crisis sanitaria, pero que hubieran incurrido en demora en su cumplimiento por el contratista como consecuencia de la COVID-19, correspondía la ampliación del plazo inicial o la prórroga por el tiempo perdido, siempre que el contratista se hubiera comprometido a su realización. En los casos, en los que el contrato público hubiera perdido su finalidad, procedía la extinción del mismo por la desaparición de la causa que lo motivó. En ese caso, el contratista tenía derecho a la liquidación de la prestación realizada.

Finalmente, la consecuencia para los contratos públicos de obras, que no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la crisis de la COVID-19, pero de los que fue imposible continuar con su ejecución, fue la misma que para los contratos de servicios o suministros de prestación sucesiva, es decir, procedía la suspensión del contrato desde el mismo momento en que no pudiera continuarse con su ejecución hasta que esta pudiera ser reanudada. En los casos de imposibilidad, correspondía la indemnización.

En los supuestos de suspensión total o parcial de la ejecución de los contratos públicos, la entidad adjudicataria debía abonar al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste durante el periodo de suspensión, previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por el contratista¹⁸. Entre los daños y perjuicios indemnizables se encontraban los gastos salariales que efectivamente hubiera abonado el contratista al personal que figurara adscrito con fecha 14 de marzo de 2020 a la ejecución ordinaria del contrato, durante el periodo de suspensión; los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato; los de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos relativos al periodo de suspensión del contrato, adscritos directamente a la ejecución del contrato, siempre que el contratista acreditaran que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos durante la suspensión del contrato; y los correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hubieran sido suscritas por el contratista y estuvieran vigentes en el momento de la suspensión del contrato. En el caso de suspensión parcial, correspondía abonar los daños y perjuicios correspondientes a la parte del contrato suspendida¹⁹. Por su parte, el art. 208 LCSP, en relación con la suspensión de los contratos administrativos, exige la elaboración de un acta, de oficio o a solicitud del contratista, en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquel.

¹⁸ De hecho, el art. 208 LCSP regula la suspensión de los contratos administrativos, en cuyo caso, exige la elaboración de un acta, de oficio o a solicitud del contratista, en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquel. De tal manera que en los casos en los que se acuerde la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este.

¹⁹ De tal manera que, de conformidad con los arts. 191 y 208 LCSP habrá que solicitar la iniciación del procedimiento con indicación del motivo que determina la suspensión del contrato; posteriormente dar audiencia al contratista, que se efectuará por medios telemáticos y, por último, la extensión de un acta, de oficio o a solicitud del contratista, en la que se consignen las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquel. Ampliamente, vid., MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., «Contratación pública y COVID-19. Efectos sobre los expedientes de contratación en tramitación y los contratos en ejecución de las medidas adoptadas con ocasión del Coronavirus», *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2020.

En definitiva, en los casos en los que se acuerde la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este²⁰. Sobre este punto se aprecia, una restricción de los daños que pueden ser objeto de indemnización al contratista previstos en el RD-ley si se comparan con los reconocidos por el art. 208 LCSP, lo que, en expresión de MELÓN PARDO, «no casa adecuadamente con la pretendida finalidad de proteger el empleo que está detrás de esta norma»²¹.

Sin embargo, para que proceda el reconocimiento del derecho a las indemnizaciones y el resarcimiento de los daños y perjuicios es indispensable que el contratista adjudicatario principal acredite fehacientemente que el contratista principal, los subcontratistas, proveedores y suministradores que hubiera contratado para la ejecución del contrato están al corriente del cumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales, a fecha 14 de marzo de 2020 y que el contratista principal está al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de pago a sus subcontratistas y suministradores en los términos previstos en los arts. 216 y 217 LCSP, a fecha de 14 de marzo de 2020.

Sobre esta cuestión, *el Informe 10/20 (R-341/2020) de la Abogacía del Estado de 7 de abril de 2020*, reconoce que es improcedente el abono a cuenta y durante el periodo de suspensión

²⁰ Textualmente, el art. 208.2 LCSP: «salvo que el pliego que rija el contrato establezca otra cosa, dicho abono solo comprenderá, siempre que en los puntos 1.º a 4.º se acredite fehacientemente su realidad, efectividad e importe, los siguientes conceptos:

- 1.º Gastos por mantenimiento de la garantía definitiva.
- 2.º Indemnizaciones por extinción o suspensión de los contratos de trabajo que el contratista tuviera concertados para la ejecución del contrato al tiempo de iniciarse la suspensión.
- 3.º Gastos salariales del personal que necesariamente deba quedar adscrito al contrato durante el período de suspensión.
- 4.º Alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido.
- 5.º Suprimido.
- 6.º Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro suscritas por el contratista previstos en el pliego de cláusulas administrativas vinculados al objeto del contrato.
 - b) Solo se indemnizarán los períodos de suspensión que estuvieran documentados en la correspondiente acta. El contratista podrá pedir que se extienda dicha acta. Si la Administración no responde a esta solicitud se entenderá, salvo prueba en contrario, que se ha iniciado la suspensión en la fecha señalada por el contratista en su solicitud.
 - c) El derecho a reclamar prescribe en un año contado desde que el contratista reciba la orden de reanudar la ejecución del contrato (sic.)».

²¹ ADELL ALONSO, L.I., *Suspensión generalizada de contratos públicos. ¿Amparo legal o derecho indemnizatorio?* [en línea] [accesible en: 05/06/2020] accesible en: <http://www.obcp.es/opiniones/suspension-generalizada-de-contratos-publicos-amparo-legal-o-derecho-indemnizatorio> considera que «estos serán los conceptos indemnizatorios reclamables en los casos de suspensión justificada del contrato, y por el tiempo de duración de la misma. Sin embargo, en los supuestos en que, o bien dicha suspensión no pueda entenderse amparada en una imposibilidad real de ejecución del contrato, exclusivamente como consecuencia del Covid-19 o de las medidas adoptadas por las autoridades para combatirlo, o bien en los supuestos en que la prestación no pueda ya reanudarse, incluso como consecuencia de los efectos –de todo orden– originados por el Covid-19, consideramos que el contratista podría reclamar la indemnización comprensiva de la totalidad de los daños y perjuicios sufridos por la suspensión temporal no justificada o, en su caso, definitiva, al no reanudarse la prestación».

de los contratos a que se refiere el art. 34 RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, de las indemnizaciones previstas en dicha disposición legal²², pues reconoce que:

«La locución “abono a cuenta” que utiliza el precepto transcrito no se refiere al tiempo en que ha de hacerse el abono, sino al concepto o título jurídico que lo justifica. En efecto, no se trata de indemnizar al contratista por un perjuicio sufrido por él, puesto que los salarios abonados por aquél a sus trabajadores que se encuentran en la situación de permiso retribuido recuperable quedarán compensados por la ulterior prestación de su trabajo (dada la naturaleza sinalagmática propia del contrato de trabajo); se trata, distintamente, de un pago que tiene que hacer la Administración contratante y que, excluido del concepto de indemnización por la razón que acaba de indicarse, se computa (descontándolo) en la liquidación que debe hacerse al contratista y que, por expresa determinación legal, es la liquidación final del contrato, determinación esta última que impide entender que este “abono a cuenta” pueda tener lugar durante el período de suspensión del contrato».

Por su parte, el *RD-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19*, modifica el art. 16 *RD-ley 7/2020, de 12 de marzo*, y amplía a todo el sector público la tramitación de emergencia para la contratación de los bienes o servicios que precise la Administración General del Estado para la ejecución de cualquier medida necesaria para hacer frente a la COVID-19. De hecho, el art.16.3 *RD-ley 9/2020, de 27 de marzo*, permite que el libramiento de los fondos necesarios para hacer frente a los gastos que genere la adopción de medidas para la protección de la salud de las personas frente a la COVID-19 se realice a justificar.

Asimismo, el artículo 34 *RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19*, sería modificado por el *RD-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19* que incluye un nuevo apartado a dicho artículo –apartado 7– para determinar que exclusivamente tendrán la consideración de contratos públicos aquellos que queden sometidos a la normativa de contratación pública española y europea.

Además, la disposición adicional octava *RD-ley 11/2020, de 31 de marzo*, deroga parcialmente y de forma implícita la suspensión de los plazos administrativos en el ámbito de la compra pública antes mencionada, no resultando, por tanto, de aplicación a aquellos procedimientos de contratación cuya continuidad hubiera sido acordada por las entidades del sector público. Además, recuérdese que el citado *RD-ley* modifica la disposición final octava

²² En relación con los informes de la Abogacía del Estado en tal sentido, Carlos MELÓN PARDO, «El Impacto del Covid-19 sobre la contratación pública: primeras notas», *op. cit.*, p. 700, considera que «con todo el respeto que merece el Servicio Jurídico del Estado, no deja de llamarme la atención que se adopten como dogmas de fe los criterios contenidos en unos informes que ni siquiera son vinculantes para el órgano que los solicita, conforme a lo previsto en el artículo 22 del Real Decreto 997/2003».

del RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, para incluir dentro del título competencial el 149.1. 18º CE, que dada la celeridad en su tramitación había sido objeto de patentes descuidos.

A continuación, se aprobaba *el RD-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19*, cuyas disposiciones adicionales cuarta y quinta inciden en la compra pública. De hecho, permite dar continuidad a todas aquellas actividades que no estuvieran incluidas en el anexo del citado RD-ley siempre que hubieran sido objeto de contratación a través del procedimiento previsto en el art. 120 LCSP, es decir, a través de la tramitación de emergencia. Además, excluía del derecho al permiso retribuido recuperable a todas las empresas adjudicatarias de contratos de obras, servicios y suministros del sector público que fueran indispensables para el mantenimiento y seguridad de los edificios y la adecuada prestación de los servicios públicos, incluida la prestación de estos de forma no presencial.

Por otra parte, el *Informe de 7 de abril de 2020, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado* declaró que todas las situaciones que pudieran ser tramitadas por el procedimiento previsto en el art. 120 LCSP están exceptuadas de la posibilidad de interponer recurso especial contra ellas, entre otras, aquellos procedimientos administrativos referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma o todas las licitaciones que se refieran a prestaciones dirigidas a la lucha contra la COVID-19²³.

Pero no fueron las únicas modificaciones en materia de compra pública. Así, el *RD-Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo*, modificó el artículo 159.4.d LCSP, relativo al procedimiento simplificado²⁴ e introdujo un nuevo apartado 3º a la Disposición adicional octava del RD-ley 11/2020, de 31 de marzo, en relación con los procedimientos de los contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

Asimismo, *el RD-Ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda*, permite en su art. 24 a los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de viajeros por carretera de uso general de titularidad de la Administración General del Estado ser reequilibrados económicamente por la situación de hecho creada por la COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado para combatirlo. Para determinar el reequilibrio se tendrá en cuenta la reducción de ingresos por la disminución de la demanda de viajeros, así como el incremento de los costes por la desinfección de los vehículos durante la vigencia del estado de alarma. Mientras, el art. 25.4 RD-Ley 26/2020, de 7 de julio, determina que el reequilibrio respecto de los contratos de concesiones consistirá en una ampliación del plazo de duración de la concesión, para lo cual se considerará un crecimiento anual acumulativo de los ingresos del 2%, con respecto a los de 2019.

²³ <https://www.crisisycontratacionpublica.org/wp-content/uploads/2020/04/JCCPEst.-Inf-2020-015recursoCOVIDPUB.pdf>

²⁴ Que sería nuevamente modificado por la Disposición final 3 RD-Ley 16/2020 de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

Finalmente, el *RD-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, 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*, introduce una serie de medidas en el ámbito de la contratación administrativa a fin de frenar el impacto económico y social de la COVID-19. En este sentido, impone el régimen excepcional de la tramitación urgente a todos los contratos financiados con los fondos percibidos por España en el marco del plan de recuperación²⁵. Además, promueve que en la elaboración de los pliegos de cláusulas técnicas y administrativas se incorporen todos los criterios verdes, digitales, de innovación, de potenciación de las PYME y de responsabilidad social que se consideren necesarios, con el fin de facilitar su tramitación por los órganos gestores.

Con todo, la inseguridad jurídica en la ejecución de muchos contratos públicos durante la pandemia de la COVID-19 ha sido notoria. En parte, por la absoluta oleada de decretos leyes aprobados desde el comienzo de la crisis sanitaria, en algunos casos, con palmarias deficiencias y, en otros, por la falta de concreción de dichas previsiones normativas²⁶. De hecho, FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ reconoce que se ha hecho un mal uso de los procedimientos de emergencia en la contratación pública lo que supuso un desabastecimiento de material sanitario en la primera ola, despilfarro de recursos y operaciones de compra fallidas²⁷.

²⁵ De tal manera que «estos contratos gozarán de preferencia para su despacho por los distintos órganos que intervengan en la tramitación sobre cualquier otro contrato; los plazos para emitir los respectivos informes o cumplimentar los trámites correspondientes quedarán reducidos a cinco días naturales, sin que quepa prórroga alguna de este plazo; los plazos fijados para la tramitación del procedimiento abierto podrán reducirse hasta la mitad por exceso, salvo el plazo de presentación de proposiciones, que los órganos de contratación podrán reducir hasta un mínimo de quince días naturales contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación; se mantendrán sin cambios los plazos establecidos respecto a la tramitación del procedimiento abierto simplificado ordinario, excepto el plazo de presentación de proposiciones que será de un máximo de quince días naturales en todos los casos; en los supuestos en que se contemplen criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, la valoración de las proposiciones se hará por los servicios técnicos del órgano de contratación en un plazo no superior a cuatro días naturales, debiendo ser suscritas por el técnico o técnicos que realicen la valoración». Ampliamente, vid., MORENO MOLINA, J.A., *Las insuficientes medidas de simplificación y agilización de la contratación pública recogidas en el Real Decreto Ley 36/2020* [en línea] [fecha de consulta: 23/01/2021] accesible en: <http://www.obcp.es/opiniones/las-insuficientes-medidas-de-simplificacion-y-agilizacion-de-la-contratacion-publica>

²⁶ En expresión de MELÓN PARDO, C., «El Impacto del Covid-19 sobre la contratación pública: primeras notas», *op. cit.*, p. 698., «los poderes públicos han comenzado a dar una respuesta legislativa y aplicativa a la situación, si bien, personalmente tengo dudas de si el remedio no ha sido peor que la enfermedad –nunca mejor dicho–, dada la inseguridad jurídica que provocan las medidas adoptadas, que a estas alturas no sabemos con certeza ni a qué contratos se aplican, ni cómo van a aplicarse, y que además en algunos casos son de constitucionalidad cuando menos dudosa, sobre todo aquéllas normas autonómicas que no respetan el marco establecido por la legislación estatal básica».

²⁷ En concreto, FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «El Estado de Alarma en España por la epidemia del coronavirus y sus problemas», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 33, 2020, pp. 45 y ss., pone como ejemplo que, «el Gobierno ha acabado por reconocer que había pagado 60 millones de euros en comisiones a intermediarios en los contratos de compras derivados de la epidemia; cuya legalidad es más que dudosa, ya que, de acuerdo con la ley de Contratos del Sector Público de 2017 debía de haber licitado los correspondientes contratos de servicios, y,

En este sentido, MELÓN PARDO considera que la aplicación de la tramitación de emergencia «ha sido aprovechada en muchos casos para efectuar contrataciones digitales (es decir, a dedo) con empresas carentes de los mínimos requisitos de capacidad y de solvencia, incurriendo en sobrecostes significativos, y además estos contratos se han ocultado en buena medida mediante el incumplimiento de las obligaciones de publicidad»²⁸. Pese a la centralización de las compras públicas de material sanitario, mascarillas y test rápidos por el Estado, también las CCAA ante el desabastecimiento generalizado acudieron a la compra de equipamientos, lo que generó desigualdades en la atención sanitaria que se prestaba a los ciudadanos en las distintas partes del territorio. Todo ello, sin olvidar el principio de solidaridad reconocido en nuestra Carta Magna.

III. REFERENCIAS NORMATIVAS A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA

En el ámbito de la compra pública electrónica, el *RD-Ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019*, acordó en su disposición adicional octava el levantamiento de la suspensión de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de compra pública cuando su tramitación fuera electrónica, permitiendo la continuidad de los contratos suspendidos y el inicio de nuevos procedimientos cuya tramitación se llevara a cabo también por medios electrónicos».

Lo cierto es que desde la entrada en vigor de la LCSP el 9 de marzo de 2018 la contratación pública electrónica no solo es una realidad práctica, sino que se ha convertido en la regla general, lo que no casa con la previsión antedicha por cuanto cataloga los supuestos en los que se ha optado por la tramitación electrónica como una opción y no realmente como una obligación legal.

De esta manera, LÓPEZ MARTÍNEZ considera que «el legislador trata a las licitaciones por “medios electrónicos” como si fueran una excepción o *rara avis* cuando constituyen la regla general obligatoria. Así pues, y aunque sin trascendentes efectos, creo que hubiera sido más adecuado levantar la suspensión de las licitaciones en general, “salvo las que no pudieran tramitarse electrónicamente”»²⁹.

La razón por la que se acuerda el levantamiento de la suspensión respecto de los contratos públicos cuya tramitación fuera electrónica se recoge en la exposición de motivos al señalar que:

abonar, en su caso, tales cantidades a las empresas adjudicatarias de tales contratos (ver el enlace: https://www.abc.es/espana/abci-comisiones-contratos-covid-fueron-60-millones-202009200149_noticia.html)».

²⁸ MELÓN PARDO, C., «El Impacto del Covid-19 sobre la contratación pública: primeras notas», *op. cit.*, p. 705.

²⁹ LÓPEZ MARTÍNEZ, J., *Desde el 7 de mayo se reanudan/inician las licitaciones públicas...electrónicas* [en línea] [fecha de consulta: 24/01/2021] accesible en: <https://blog.sepin.es/2020/05/reanudacion-licitaciones-publicas-electronicas/>

«En los procedimientos de contratación existen un buen número de garantías procedimentales que tienen por finalidad asegurar el respeto a los principios más esenciales que protegen a los interesados, principios que deben aplicarse de manera armónica y coordinada con las necesidades de interés público antes mencionadas. Por esta razón, si bien en su momento parecía lógico que en la fase inicial del estado de alarma se adoptasen medidas más intensas con el fin de evitar el perjuicio de los derechos de los administrados ante las medidas limitativas necesariamente impuestas para luchar contra el COVID-19, en el momento actual, en que se ha iniciado una mejora de la situación y una progresiva relajación de las medidas acordadas, parece lógico alzar la suspensión general impuesta a las licitaciones públicas en todos aquellos supuestos en que no pueda existir merma alguna para los derechos de los licitadores. Tal circunstancia es plenamente concurrente en los casos en que la selección del contratista se verifica mediante la tramitación electrónica de los procedimientos de contratación, la cual permite y garantiza la presentación electrónica de la documentación requerida y el acceso igualmente electrónico a los diferentes trámites de procedimiento. Esta previsión, recogida en la disposición adicional octava, permitirá también el inicio de nuevos procedimientos de contratación que reúnan estos requisitos, extendiéndose además a los recursos especiales que procedan»³⁰.

IV. LA COMPRA CENTRALIZADA PARA LA ADQUISICIÓN DE MATERIAL SANITARIO

Se ha recurrido a la compra centralizada para la adquisición de material sanitario, aunque como señala GALLEGO CÓRCOLES «la propia complejidad del instrumento y las condiciones del mercado han supuesto que el aprovisionamiento no haya sido excesivamente ágil, como la propia Comisión Europea ha reconocido, subrayando que este instrumento no se diseñó como herramienta para ser utilizada durante una situación de emergencia. De ahí que resulte esencial la preparación frente a situaciones de crisis y que los esfuerzos se realicen ahora en el ámbito de la detección de las necesidades y de la planificación de las siguientes compras»³¹.

No obstante, no se ha recurrido a la compra centralizada para la adquisición de las vacunas como *a priori* se estableció, sino que de conformidad con el *Acuerdo entre la Comisión Europea y los Estados miembros sobre vacunas contra la COVID-19, hecho en Madrid el 20 de julio de 2020*³², se ha empleado la adquisición anticipada con fabricantes de vacunas más destacadas a través de la financiación inicial de la Unión para minimizar el riesgo asociado a las inversiones esenciales, aumentar la velocidad y escala de la producción de vacunas eficaces y maximizar las posibilidades de tener acceso, al menos, a una vacuna satisfactoria.

³⁰ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-4832

³¹ GALLEGO CÓRCOLES, I., *Las adquisiciones conjuntas de productos médicos en la estrategia europea de lucha contra el Covid-19* [en línea] [fecha de consulta: 21/12/2020] accesible en: <http://www.obcp.es/opiniones/las-adquisiciones-conjuntas-de-productos-medicos-en-la-estrategia-europea-de-lucha-contra>

³² https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-9132

En este sentido, la Comisión ha celebrado diferentes acuerdos con productores individuales de vacunas en nombre de los Estados miembros a través de la compra anticipada, que es una forma de proporcionar prefinanciación a los productores de vacunas para acelerar el desarrollo y la fabricación de vacunas experimentales y así garantizar que los Estados puedan tener acceso a dichas vacunas en las mejores condiciones³³.

De hecho, la Comisión Europea informa en su Comunicación titulada *Preparación para las estrategias de vacunación y el despliegue de las vacunas contra la COVID-19 de 15 de octubre de 2020* que el 14 de agosto, la Comisión alcanzó un primer acuerdo con la empresa farmacéutica AstraZeneca para comprar 300 millones de dosis de una posible vacuna contra la COVID-19; el 18 de septiembre firmó un segundo contrato con Sanofi-GSK que permitiera a los Estados miembros comprar hasta 300 millones de dosis de la vacuna de Sanofi-GSK; y el 8 de octubre, la Comisión celebró un acuerdo de compra anticipada con Pharmaceutica NV, una de las empresas farmacéuticas Janssen de Johnson & Johnson, para que los Estados miembros adquieran vacunas para 200 millones de personas³⁴.

V. EL FUTURO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU EXTENSIÓN A LOS CONTRATOS PÚBLICOS³⁵

No todo han sido desventajas. Recordando a Albert Einstein *“la crisis es la mejor bendición que puede sucederle a personas y países, porque la crisis trae progresos”* y, en este sentido, la COVID-19 ha constituido el empuje definitivo de la contratación pública electrónica que ya resultaba obligatoria desde el 9 de marzo de 2018 tras la entrada en vigor de la LCSP. Lo mismo ha ocurrido con la implantación de la Administración electrónica, pues, el teletrabajo ha constituido la medida más adecuada para la prestación de los servicios públicos ante el cierre de las oficinas presenciales durante el estado de alarma.

En este sentido, la apuesta por la digitalización administrativa da un paso adelante con la introducción de soluciones de inteligencia artificial al servicio de los procedimientos de contratación pública que, sin duda, alcanzarán un papel trascendental. Sin embargo, en tanto la inteligencia artificial no abandone su fase inicial y comiencen a materializarse los primeros resultados prácticos³⁶, la inteligencia artificial servirá, por el momento, para la realización de

³³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2020:680:FIN>

³⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2020:680:FIN>

³⁵ Con detalle, sobre estas reflexiones puede leerse mi aportación GARCÍA MARTÍN, L., «Inteligencia artificial, compra pública e innovación administrativa», en D. TERRÓN SANCHEZ y J.L. DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ: *Inteligencia artificial y defensa. Nuevos horizontes* Aranzadi, 2021, pp. 272-282.

³⁶ *CincoDías El País Economía* publicaba el pasado 7 de enero de 2021 la noticia “Navarra tira de la inteligencia artificial para controlar el gasto en contratos públicos” a través de la cual se empiezan a vislumbrar los primeros ejemplos prácticos de soluciones de inteligencia artificial aplicados en el ámbito de la compra pública. De hecho, Juan Barberán, responsable del departamento de compras de la Corporación Pública Empresarial de Navarra reconoció los problemas en las compras públicas y su ineficacia. En el marco del Plan estratégico de la Corporación y tras dos años de puesta a punto se pretende su aplicación a la sociedad Nasuvinsa, de gestión de la vivienda y el urbanismo en Navarra a fin de que «todos los datos obtenidos, que permiten identificar el contrato, el método por el que se ha concedido, cuantas empresas han optado o el tamaño de la adjudicataria, se someten a

todas aquellas tareas mecánicas que resulten más adecuadas delegar en una solución algorítmica por no aportar verdadero valor añadido, como las tareas de comprobación de la documentación previa, en definitiva, lo que se conoce como las *soft skills*.

Es más difícil, en cambio, establecer el mismo razonamiento respecto de la adjudicación de un contrato público a través de una solución de inteligencia artificial, pues, en todo caso, complementa la actuación del funcionario, pero en ningún caso, le supe o le sustituye. Sin embargo, para los casos en los que se logre determinar a través de una solución algorítmica la adjudicación de un contrato, debería comprobarse que esa solución no tiene sesgos y que es la más acorde con el respeto de los derechos de los ciudadanos. En este sentido, de acuerdo con FUERTES LÓPEZ «la extensión de la tecnología y la digitalización en muchos ámbitos y relaciones traerá ventajas sociales, pero todas han de pasar por el adecuado tamiz de que respetan las bases de nuestro sistema de derechos y libertades»³⁷.

De hecho, corresponderá al funcionario determinar que esa propuesta de decisión alcanzada a través de una solución de inteligencia artificial es la más adecuada. De esta manera, se consigue una mayor eficacia y eficiencia administrativa, toda vez que se agilizan los procedimientos iniciales de comprobación y revisión previa, trasladando a los funcionarios a otros puestos donde aporten verdaderamente un valor añadido. Además, se reducen los tiempos empleados para la gestión de los procedimientos de contratación pública y se logra objetivar, aún más, la tramitación de estos procedimientos.

Las dificultades de la implantación de soluciones de inteligencia artificial en los procedimientos de compra pública pivotan en torno a la existencia de posibles sesgos en la solución algorítmica, en los datos que se manejan o en el diseño del propio algoritmo lo que desemboca en la adopción de soluciones sesgadas y discriminatorias³⁸. A ello se suma, la fuerte inversión necesaria para la puesta en práctica de soluciones de inteligencia artificial. Por último, como paso previo es necesario, sin duda, lograr la digitalización administrativa, en relación con el empleo de medios electrónicos por las Administraciones públicas tanto en su propia gestión interna –*ad intra*– como en sus relaciones *ad extra* con los administrados.

una herramienta de inteligencia artificial que arroja informes en el que se puede analizar la actividad de la sociedad y establecer si se está cumpliendo con los objetivos de eficiencia, concurrencia y transparencia en la contratación pública». De hecho, en palabras de Juan Barberán se comprueba, entre otras, «cuanto tiempo medio se tarda en cerrar un expediente público, si se han producido desviaciones en los contratos». Además, logra trasladar a los ciudadanos «una información clara y precisa, en la que se pueden ver las adjudicaciones por trimestre actualizadas y al mismo tiempo una estadística global de las compras...», así como conocer «en qué porcentaje de los contratos adjudicados se han ponderado los criterios económicos y los ligados a la calidad...». Con detalle, GARCÍA MARTÍN, L., «Inteligencia artificial, compra pública e innovación administrativa», *op. cit.*, p. 276.

³⁷ FUERTES LÓPEZ, M., «Soberanía digital europea», *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 90-91, 2020-2021, p. 71.

³⁸ CERRILLO I MARTÍNEZ A., «El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019, *op. cit.*, reconoce que «los algoritmos son tan precisos como lo sean los datos que manejan y con frecuencia los datos no son de calidad, contienen errores o son imperfectos».

VI. CONCLUSIONES

La excesiva normativa sobre contratación pública aprobada durante toda la crisis sanitaria, su limitado grado de concreción y sus aparentes contradicciones con la normativa básica y/o autonómica han hecho especialmente compleja la continuidad de la actividad contractual.

De hecho, muchos contratos públicos no relacionados con actividades esenciales para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 no pudieron continuar con su ejecución, siendo suspendidos, total o parcialmente, sin determinar a ciencia cierta cuando volverían a reanudarse. Otros incluso, perdieron su finalidad legítima.

A ello se han sumado los despistes del legislador en la regulación de las normas aprobadas. Por mencionar un caso en concreto, el RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, olvidó incluir en su título competencial la referencia del 149.1. 18° CE sembrando la duda sobre su carácter básico.

También llama poderosamente la atención que se haya incluido un régimen más limitativo de la indemnización por daños al contratista que el previsto por la propia LCSP, lo que no casa con el espíritu de la normativa aprobada toda vez que estamos ante una paralización que no es causada por el contratista y que, por tanto, no tiene obligación jurídica de soportar.

En definitiva, despistes o incongruencias que han sembrado de inseguridad jurídica la regulación de la compra pública, generando serios problemas en torno al excesivo y, en algunos casos, mal aplicado, procedimiento de emergencia del art. 120 LCSP para la adquisición de material sanitario sin respetar las garantías y principios previstos en la norma en relación con los requisitos de publicidad, cuando dicho procedimiento excepcional solo exonera al órgano de contratación de la obligación de tramitar expediente de contratación.

Con todo, a la celeridad e incertidumbre, se suma la falta de transparencia con la que se ha gestionado la adquisición de muchas compras públicas por la vía de la emergencia, desluciendo aún más si cabe una labor esencial en plena crisis sanitaria como ha sido la compra pública para la adquisición de material sanitario y es ahora, en plena tercera ola de la pandemia, para la adquisición de vacunas que hagan frente a la COVID-19.

BIBLIOGRAFÍA

- Adell Alonso, L.I.: *Suspensión generalizada de contratos públicos. ¿Amparo legal o derecho indemnizatorio?* [en línea] [accesible en: 05/06/2020] accesible en: <http://www.obcp.es/opiniones/suspension-generalizada-de-contratos-publicos-amparo-legal-o-derecho-indemnizatorio>
- Bernal Blay, M.A.: *La contratación pública durante el estado de alarma: reflexiones sobre el funcionamiento del “ecosistema” organizativo* [en línea] [fecha de consulta: 21/01/2020] accesible en: <http://www.obcp.es/opiniones/la-contratacion-publica-durante-el-estado-de-alarma-reflexiones-sobre-el-funcionamiento>
- Cerrillo i Martínez, A.: “El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019.

- Fernández de Gatta Sánchez, D.: “El Estado de Alarma en España por la epidemia del coronavirus y sus problemas”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 33, 2020, pp. 1-55.
- Fuertes López, M.: “Soberanía digital europea”, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 90-91, 2020-2021, pp. 56-71.
- Gallego Córcoles, I.: *Las adquisiciones conjuntas de productos médicos en la estrategia europea de lucha contra el Covid-19* [en línea] [fecha de consulta: 21/12/2020] accesible en: <http://www.obcp.es/opiniones/las-adquisiciones-conjuntas-de-productos-medicos-en-la-estrategia-europea-de-lucha-contra>
- Gamero Casado, E.: *Transparencia y contratación de emergencia ante el Covid-19*, [en línea] [fecha de consulta: 22/12/2020] accesible en: <http://www.obcp.es/opiniones/transparencia-y-contratacion-de-emergencia-ante-el-covid-19>
- García Martín, L.: “Inteligencia artificial, compra pública e innovación administrativa”, en D. Terrón Sánchez y J.L. Domínguez Álvarez.: *Inteligencia artificial y defensa. Nuevos horizontes* Aranzadi, 2021, pp. 272-282.
- González García, J.V.: “COVID-19 y contratación pública: tramitación de emergencia en práctica y otras cuestiones”, en: AA. VV., *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 306.
- López Martínez, J.: *Desde el 7 de mayo se reanudan/inician las licitaciones públicas...electrónicas* [en línea] [fecha de consulta: 24/01/2021] accesible en: <https://blog.sepin.es/2020/05/reanudacion-licitaciones-publicas-electronicas/>
- Martínez Fernández, J.M.: “Contratación pública y COVID-19. Efectos sobre los expedientes de contratación en tramitación y los contratos en ejecución de las medidas adoptadas con ocasión del Coronavirus”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2020.
- Melón Pardo, C.: “El Impacto del Covid-19 sobre la contratación pública: primeras notas”, en: M.A. Recuerda Girela, *Anuario de Derecho Administrativo 2020*, p. 703.
- Miranzo Díaz, J.: *Reflexiones sobre la transparencia y la integridad en contrataciones relacionadas con el Covid-19* [en línea] [fecha de consulta: 21/12/2020] accesible en: <http://www.obcp.es/opiniones/reflexiones-sobre-la-transparencia-y-la-integridad-en-contrataciones-relacionadas-con-el>
- Moreno Molina, J.A.: *Las insuficientes medidas de simplificación y agilización de la contratación pública recogidas en el Real Decreto Ley 36/2020* [en línea] [fecha de consulta: 23/01/2021] accesible en: <http://www.obcp.es/opiniones/las-insuficientes-medidas-de-simplificacion-y-agilizacion-de-la-contratacion-publica>