

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN TIEMPOS DE
CORONAVIRUS

ADMINISTRATIVE CONTRACTS IN TIMES OF COVID-19

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 916-925



Carla
ESPLUGUES
BARONA

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: La declaración del estado de alarma el 14 de marzo de 2020 supuso la adopción de una serie de medidas de carácter excepcional entre las que se incluye la suspensión de los plazos administrativos y, por ende, con carácter general, de los procedimientos de contratación administrativa. Sin embargo, el legislador ha buscado proporcionar los cauces necesarios para agilizar y flexibilizar la contratación de obras, bienes o servicios necesarios para hacer frente a la pandemia. Adicionalmente, la situación actual ha puesto sobre la mesa deficiencias existentes en la regulación de la contratación administrativa y la necesidad de que la Administración incorpore, en su caso, las reformas necesarias para hacer frente a la nueva realidad post-coronavirus.

PALABRAS CLAVE: Derecho administrativo; contratación con el sector público; plazos administrativos; procedimiento administrativo; licitaciones; adjudicación; recursos administrativos.

ABSTRACT: *The state of alert adopted in Spain on March 14th, 2020 involved exceptional measures as the suspension of administrative terms and deadlines, including those related to Public Tenders. The Spanish regulator has searched for the necessary ways to facilitate the procurement of goods, works and services to face COVID-19. However, the current situation has underlined the weaknesses of Spanish Administrative Contracts' regulation and the need of improving it.*

KEY WORDS: *Administrative law; administrative contracts; administrative deadlines; administrative procedure; public tenders; administrative law remedies.*

1. La declaración del estado de alarma mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, ha dado lugar a un aluvión de normas en todos los niveles y ámbitos, con incidencia en numerosas esferas y materias, entre ellas, las relaciones con las Administraciones Públicas. Ahora más que nunca se requiere una Administración eficiente, ágil y capaz de responder ante el contexto actual. Ello ha conllevado, a su vez, la necesidad de flexibilidad y agilización de los procedimientos de contratación por parte de las Administraciones Públicas para hacer frente a la situación de excepcionalidad existente y poder afrontar la adquisición de todo tipo de bienes y servicios que se necesiten.

Sin embargo, la técnica legislativa empleada en los paquetes aprobados hasta la fecha es, en ocasiones, deficiente y lleva a que los actores estén experimentando dificultades a la hora de aplicar las medidas promulgadas, que no solo se modifican constantemente, sino que nacen en un contexto normativo, el de la contratación pública, que *per se* resulta arduo y complejo.

2. Con carácter general, el Real Decreto 463/2020 que declaró el estado de alarma decretó la suspensión generalizada de los plazos administrativos, aun cuando los caracteres de dicha suspensión fueron modificados posteriormente por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo. Así, han quedado suspendidos los términos e interrumpidos todos los plazos de procedimientos administrativos, a excepción de aquellos en los ámbitos de afiliación, liquidación y cotización de la Seguridad Social y de los plazos tributarios. Esto ha supuesto, a su vez, la interrupción de los plazos previstos en la legislación de contratación con el sector público.

Se prevé, en cualquier caso, que las Administraciones puedan acordar motivadamente la continuación de aquellos procedimientos administrativos "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. Es con base en dicha excepción que, durante este tiempo, han continuado tramitándose procedimientos de contratación que se han considerado indispensables para la protección del interés general y del funcionamiento básico de los servicios.

• **Carla Esplugues Barona**

Abogada en ejercicio y Doctora en Derecho. Correo electrónico: Carla.esplugues@gmail.com

3. Frente a los procedimientos ordinarios de contratación con el sector público y las garantías y obligaciones derivadas de los mismos, el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) contempla la posible tramitación de emergencia como mecanismo para actuar de manera inmediata en caso de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional.

No puede olvidarse que las garantías propias de la contratación administrativa, y los procedimientos reglados de selección, permiten, entre otras cuestiones, asegurar la transparencia y seguridad jurídica a la hora de contratar con el sector público. En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su informe emitido en el expediente nº 17/2019, interpretó que “cuando el legislador aborda la regulación del procedimiento de emergencia transmite la idea de que la principal cautela que debe mantenerse respecto del empleo de este procedimiento es el adecuado respeto del principio de concurrencia y de igualdad de los licitadores y que, solo en determinados supuestos absolutamente excepcionales, tales principios deben ceder cuando se produce un desequilibrio entre el pleno mantenimiento de todas las garantías de que está investida la contratación pública y el adecuado respeto al interés general que se persigue con la actuación que va a ser objeto de contratación”.

El Tribunal Supremo, entre otras en sentencia de 20 de enero de 1987, consideró que “No basta con la existencia de un acontecimiento de excepcional importancia del que dimana la situación que las medias en cuestión afrontan, sino que lo que ampara la normativa de emergencia es una actuación administrativa inmediata, absolutamente necesaria para evitar o remediar en lo posible las consecuencias del suceso en cuestión”.

Así, parece que la situación de emergencia actual provocada por la crisis del denominado coronavirus o COVID-19 cumple con la nota de excepcionalidad y de necesaria inmediatez que permitiría primar la tramitación de urgencia de los procesos de contratación con la Administración frente a los cauces de tramitación ordinarios, sin que ello pueda permitir, en modo alguno, el uso generalizado de esta tramitación excepcional.

Con base en lo anterior, aún antes de la declaración del estado de alarma, el Real Decreto-Ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19 reconoció inicialmente, en su artículo 16, la necesidad de actuar de manera inmediata y aplicar la tramitación de urgencia para “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". Sin embargo, pese a su corta existencia, dicho precepto ha sido modificado ya en dos ocasiones -inicialmente por el Real Decreto-ley 8/2020 y recientemente por el Real Decreto-ley 9/2020-, ampliando su objeto a la contratación de todo tipo de bienes o servicios que precise "todo el sector público" para la ejecución de cualesquiera medidas para hacer frente al COVID-19.

4. Por lo que respecta al régimen de contratación administrativa ordinario, excluido de tramitación de urgencia, el mismo se encuentra, como hemos expuesto, suspendido hasta la fecha en que pierda vigencia el estado de alarma o, en su caso, sus prórrogas.

¿Ello supone que no pueden iniciarse nuevas licitaciones? No se impide expresamente la iniciación de nuevos procedimientos de contratación, si bien la medida de suspensión de los plazos administrativos conlleva que, aunque pudieran llegar a publicarse nuevas licitaciones, no pasaría de su mera publicación, quedando la misma en suspenso, salvo que, por resolución motivada, así se acordara.

Por su parte, ¿Puede continuarse con las licitaciones en curso? La regla general es la suspensión automática. Por tanto, se continuará únicamente con las actuaciones de preparación del expediente y la realización de aquellos trámites internos que no se hallen sujetos a plazo o término. Así se ha aclarado, entre otras, en las distintas instrucciones interpretativas dictadas por las Comunidades Autónomas y, entre ellas, la Circular nº 1/2020 de la Secretaría General de Hacienda y Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha.

No puede obviarse, además, que, dado que los plazos administrativos se encuentran suspendidos, con las excepciones ya expuestas, tampoco ha lugar a presentar recursos especiales en materia de contratación. Ello ha conllevado, empero, una consecuencia no buscada: la indefensión de los interesados en aquellos procedimientos de contratación que, dado su carácter indispensable para la protección del interés general y del funcionamiento básico de los servicios, se han iniciado o han continuado siendo tramitados hasta su formalización, sin que estos puedan ejercer, en su caso, sus derechos de impugnación en el seno de estos.

La propia Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos

no prevé excepciones a los derechos de impugnación de los interesados en los procedimientos de contratación de urgencia. Más al contrario, en su considerando 8, reconoce la necesidad de prever “recursos efectivos” después de la celebración de los contratos aun en los supuestos de extrema urgencia.

En este sentido, la disposición final séptima del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo ha venido a paliar este vacío legal habilitando la interposición y tramitación del recurso especial en materia de contratación en aquellos procedimientos que de manera excepcional sí están siendo tramitados. Pero es que, adicionalmente, la citada disposición final séptima no solo reconoce la posibilidad de interponer nuevos recursos especiales de contratación en el seno de los procedimientos de licitación que se hubieran iniciado o se hubieran continuado de manera excepcional, sino que reconoce que deberá continuarse también con la tramitación de aquellos recursos especiales de contratación que ya hubieran sido interpuestos en el momento de la declaración del estado de alarma en relación con procedimientos de contratación no suspendidos a día de hoy.

5. Adicionalmente a todo lo anterior, debe destacarse que el Real Decreto-ley 8/2020 trajo consigo un amplio abanico de medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del coronavirus, estableciendo un régimen excepcional y temporal respecto de aquellos contratos de servicios o de suministro de prestaciones sucesivas y contratos de obra afectados por la pandemia.

El artículo 34, en su redacción inicial y actual tras la modificación por el Real Decreto-ley 11/2020, y siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el mismo -en esencia, la solicitud y la acreditación de las circunstancias por las que la ejecución ha devenido imposible- prevé:

a) la suspensión de los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva cuya ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19 o de las medidas adoptadas por el Estado o las Comunidades Autónomas. Dicha suspensión era según la redacción originaria de dicho precepto bajo el RD-L 8/2020 “automática”. Sin embargo, mediante el Real Decreto-Ley 11/2020 se eliminó el carácter automático de la suspensión en favor de una suspensión “total o parcial” del contrato;

b) cuando al vencimiento de un contrato de prestación sucesiva no se hubiera formalizado o no pudiera formalizarse un nuevo contrato, podrá prorrogarse el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato, paralizado

debido al contextual actual, sin modificar las condiciones, por un periodo máximo de nueve meses;

c) ampliación de plazos en contratos de servicios y suministros que no son de prestación sucesiva, en los que concurran los supuestos tasados previstos;

c) la posibilidad de que el contratista solicite la suspensión de los contratos públicos de obras cuya continuidad en la ejecución devenga imposible por el COVID-19.

La principal modificación aportada por el Real Decreto-ley 11/2020 es el cambio del ámbito de aplicación del citado artículo 34 puesto que define "contrato público" como aquel que "con arreglo a sus pliegos esté sujeto a" la LCSP (o su precedente el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) o la legislación de sectores especiales o excluidos. La valoración de la aplicación de lo previsto en dicho precepto requiere, por ende, un análisis previo de los pliegos de cada contrato.

Adicionalmente, resulta de interés destacar que, en caso de silencio, la solicitud deberá entenderse siempre desestimada.

6. Si hay algo que ha evidenciado la crisis sanitaria actual es la importancia de la licitación electrónica que, pese a ser obligatoria, no se ha implantado de manera efectiva en muchas Administraciones. La propia LCSP establece, dentro de los objetivos de la Estrategia Nacional de Contratación Pública, la generalización del uso de la contratación electrónica en todas las fases del procedimiento y, sin embargo, ha hecho falta una situación como la vivida para realmente impulsar la vía electrónica. Y si hay algo que ha quedado claro en estos tiempos es la palpable falta de medios para poder generalizar la contratación electrónica.

El informe de la Abogacía del Estado de 17 de abril de 2020 (14/2020) vino a plantear la posibilidad de prescindir, durante la vigencia del estado de alarma, del acto público de apertura de las ofertas económicas exigido en el artículo 159.4.d) LCSP, en aquellos procedimientos abiertos simplificados cuya tramitación no se haya suspendido por considerar motivadamente el órgano de contratación que su continuación es indispensable para el funcionamiento de los servicios, conforme a la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020. Dicha propuesta viene derivada de la propia incongruencia de la LCSP que prevé la posibilidad de excluir el acto público de apertura de ofertas económicas cuando se empleen medios electrónicos en el procedimiento abierto general y en el procedimiento abierto

muy simplificado, pero exige que dicho acto público sea inexcusable para el procedimiento abierto simplificado. Así, la Abogacía del Estado subrayó en dicho informe que las medidas implementadas con el estado de alarma no impedían, pese a todo, la reunión presencial de los miembros de la mesa de contratación, aun cuando la presencia física de los interesados sí que podía sustituirse por comparecencia electrónica por vía de conferencia.

En consonancia con lo anterior, el Real Decreto-Ley 15/2020 modifica la LCSP (en concreto, su artículo 159.4.d) y prescinde del acto público de apertura de sobres o archivos electrónicos que contengan criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas dentro del procedimiento abierto simplificado. Esta modificación legislativa adolece de carácter excepcional, siendo que se incorpora en la LCSP y, por ende, se mantendrá aplicable tras el estado de alarma.

La reforma del precepto busca permitir que, tal y como ya prevé el artículo 157.4 LCSP para el resto de los procedimientos abiertos, la apertura de la oferta económica sea realizada en un acto público "salvo cuando se prevea que en la licitación pueden emplearse medios electrónicos".

La Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 15/2020 incide en que dicha modificación está en línea con la regla general de presentación de ofertas por medios electrónicos ya establecida en la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, que prevé que los medios electrónicos deben preservar la integridad de los datos y la confidencialidad de las ofertas y solicitudes de participación, garantizando que el contenido de estas no podrá ser conocido hasta el momento de apertura.

En la práctica, esta excepción permite la total omisión de la celebración de este acto de apertura de sobres cuando la licitación se tramite por medios electrónicos. El posterior Real Decreto-ley 16/2020 introduce una "mejora técnica" adicional en la modificación del artículo 159.4 LCSP y elimina toda referencia al acto de apertura pública de ofertas.

7. Así las cosas, además de los grandes retos inmediatos y urgentes a los que se enfrenta España en innumerables campos (económico, social y laboral, principalmente), la Administración se encuentra en plena época de mudanza y es necesario que afiance su liderazgo mediante una gestión eficiente de los recursos, buscando prestar los mejores servicios a los ciudadanos, pero también siendo consciente del motor económico que la contratación pública representa. La realidad se quiera o no es que el coronavirus ha dejado en evidencia innumerables falencias del sistema de contratación con la Administración. Esta debiera ser desde

ya capaz de plantearse el escenario de contratación post-coronavirus, anticipándose y siendo capaz de agilizar sus procedimientos, sin perder de vista que, en efecto, se trata de recursos públicos y que, por tanto, cualquier procedimiento debe siempre garantizar el buen uso y la transparencia en el destino y empleo de estos.

