

LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE LOS FONDOS DEL MECANISMO DE RECUPERACIÓN Y RESILIENCIA. IDEAS PARA DISEÑAR Y CONTROLAR MEJOR LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS(*)

MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY

SUMARIO: I. *ALGUNAS REFLEXIONES PREVIAS SOBRE EL DISEÑO DE LAS MEDIDAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PARA LA GESTIÓN DE FONDOS DEL MECANISMO EUROPEO DE RECUPERACIÓN Y RESILIENCIA.*– II. *ALGUNAS IDEAS PARA ARTICULAR LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS FINANCIADOS CON FONDOS NEXT GENERATION:* 1. *Prevenir, mejor que curar: la necesidad de definir correctamente las prescripciones técnicas de los contratos.*– 2. *Diversificar los riesgos para asegurar la absorción de los fondos: la división en lotes del objeto de los contratos.*– 3. *Establecer condiciones especiales de ejecución orientadas al cumplimiento de los objetivos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.*– 4. *La previsión de modificación de contratos.*– 5. *Cuestiones relativas al precio de los contratos y su «ajuste» durante la ejecución del contrato.*– 6. *La resolución de incidencias y conflictos durante la ejecución de los contratos.*– 7. *A propósito de la necesidad de mecanismos de control...:* A) *La vertiente organizativa del control. Reforzar la figura del responsable del contrato.*– B) *Garantías frente a la descertificación de inversiones: una opción cuestionable.*– C) *La vertiente institucional del control: Una reflexión sobre el papel de los órganos consultivos, de supervisión de la contratación pública, y de control externo.*– III. *BIBLIOGRAFÍA.*

RESUMEN: La normativa dictada para agilizar la gestión de los contratos financiados con cargo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia ha focalizado su atención en las fases de preparación y adjudicación de los contratos. Sin embargo, no debe restarse importancia a la fase de ejecución de los mismos para garantizar una adecuada absorción de dichos fondos y su no descertificación y devolución posterior. El presente trabajo, luego de formular algunas consideraciones iniciales sobre las medidas adoptadas, centra su atención en el diseño de algunas medidas, a incluir fundamentalmente en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que contribuyan a un mejor control de la

(*) El presente trabajo es uno de los resultados de investigación del proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades sobre «La contratación pública como estrategia para la implementación de políticas públicas y al servicio de una nueva gobernanza», (Referencia: PID2019-109128RB-C21) obtenido en convocatoria competitiva, y cuyo IP es el profesor José María Gimeno Feliú, de la Universidad de Zaragoza.

ejecución de los fondos que deben aplicarse a procurar la recuperación económica tras la pandemia del Covid-19 y a prepararse para ser más resilientes ante crisis venideras.

Palabras clave: contratos públicos; modificación de los contratos; condiciones especiales de ejecución; arbitraje.

ABSTRACT: The regulations issued to streamline the management of contracts financed under the Recovery and Resilience mechanism have focused their attention on the phases of preparation and award of contracts. However, the importance of the execution phase should not be minimized to guarantee an adequate absorption of that funds and their non-decertification and subsequent return. The present work, after formulating some initial considerations on the adopted measures, focuses its attention on some clauses to include in the documentation of the contracts, in order to contribute to a better control of the execution of the funds that must be applied to seek economic recovery after the Covid-19 pandemic, and to prepare to be more resilient in the face of upcoming crisis.

Key words: public contracts; modification of contracts; special conditions of performance; arbitration.

I. ALGUNAS REFLEXIONES PREVIAS SOBRE EL DISEÑO DE LAS MEDIDAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PARA LA GESTIÓN DE FONDOS DEL MECANISMO EUROPEO DE RECUPERACIÓN Y RESILIENCIA

La creación de un Mecanismo de Recuperación y Resiliencia a través del Reglamento 2021/241/UE ha sido la respuesta de las Instituciones europeas para apoyar financieramente a los Estados miembros a paliar los efectos de la crisis de la Covid-19. Una normativa de excepción para una situación excepcional, ha señalado BAÑO LEÓN (2021, 2). Las contribuciones financieras alcanzan cifras extraordinarias, y creo que son ya por todos conocidas, por lo que puede omitirse recordarlas de nuevo, y van orientadas —esto sí que resulta preciso enfatizarlo, pues va a condicionar la elegibilidad de los proyectos que se pretendan financiar con esos fondos— a la adopción de medidas en ámbitos políticos de importancia europea, estructurados en seis pilares, y que señala el art. 3 del citado Reglamento:

- 1.– la transición ecológica;
- 2.– la transformación digital;
- 3.– 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 (pymes) sólidas;
- 4.– la cohesión social y territorial;

5.– 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;

6.– y políticas para la próxima generación, la infancia y la juventud, tales como la educación y el desarrollo de capacidades.

Para acceder a los fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, los Estados han presentado sus planes de recuperación y resiliencia, indicando el conjunto de reformas internas y de inversiones públicas con las que pretenden contribuir a alcanzar los objetivos que justifican el establecimiento de dicho Mecanismo (1). Una vez aprobados los planes nacionales de recuperación y resiliencia, las inversiones contempladas en los mismos han de ser ejecutadas a través instrumentos típicos de actuación administrativa como son las subvenciones y los contratos públicos, y en menor medida, a través de encargos a medios propios y convenios administrativos.

En el caso de España, con anterioridad a la aprobación del Reglamento 2021/241/UE por el que se establecía el citado Mecanismo europeo de Recuperación y Resiliencia (publicado en el Diario oficial de la Unión Europea e 18 de febrero de 2021) fue aprobado el Real Decreto 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. Es decir, las medidas para ejecutar el plan nacional y aprovechar las contribuciones del Mecanismo europeo de Recuperación y Resiliencia fueron aprobadas antes que el propio plan y que el propio Mecanismo. En dicha norma han quedado establecidas, entre otras, medidas para agilizar el otorgamiento de subvenciones (art. 60 a 65) y la adjudicación de contratos (arts. 49 a 58) que se vayan a financiar con fondos procedentes del citado Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Con la adopción de este instrumento se ponía fin a un pequeño debate doctrinal sobre la suficiencia de nuestro «ordenamiento contractual», constituido por la Ley 9/2017, de

(1) El art. 4 del Reglamento 2021/241/UE declara como objetivo general del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia el de fomentar la cohesión económica, social y territorial de la Unión mejorando la resiliencia, la preparación frente a las crisis, la capacidad de ajuste y el potencial de crecimiento de los Estados miembros, mitigando el impacto social y económico de dicha crisis, en particular en las mujeres, contribuyendo a la aplicación del pilar europeo de derechos sociales, apoyando la transición ecológica, contribuyendo a la consecución de los objetivos climáticos de la Unión para 2030 establecidos en el artículo 2, punto 11, del Reglamento (UE) 2018/1999 y cumpliendo el objetivo de neutralidad climática de la UE para 2050 y de transición digital, contribuyendo así al proceso de convergencia económica y social al alza, a la restauración y a la promoción del crecimiento sostenible y la integración de las economías de la Unión, fomentando la creación de empleo de calidad, y contribuyendo a la autonomía estratégica de la Unión junto con una economía abierta y generando valor añadido europeo.

contratos del sector público (LCSP), para ordenar las inversiones previstas en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Existiendo un acuerdo unánime respecto de la necesidad de algunas reformas, las posturas divergían en cuanto al alcance de las mismas, esto es, si debían circunscribirse a los contratos que se fueran a financiar con fondos procedentes del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, o si las reformas debían ser estructurales, y alcanzar a todos los contratos públicos, al margen de su fuente de financiación (2). Como decimos, la aprobación del Real Decreto Ley 36/2020 pone fin al debate, circunscribiendo el alcance de la mayoría de sus disposiciones en materia de contratación exclusivamente a los contratos que se financien con fondos procedentes del citado Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (3). Tal opción coloca a los gestores públicos en una situación para nada deseable, como es la de tener que aplicar regímenes jurídicos distintos para los contratos públicos, en función de la proveniencia de los fondos que sirvan para financiarlos.

No obstante ese carácter especial de las disposiciones del Real Decreto Ley 36/2020, no nos resistimos a formular una serie de consideraciones generales sobre las mismas, anticipando su probable insuficiencia para lograr el objetivo pretendido de «absorber la mayor cantidad posible de fondos» (4). Las medidas incluidas en el Real Decreto Ley 36/2020 han sido ya objeto de comentario, entre otros, por MORENO MOLINA (2021), 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». El análisis de PERNAS GARCÍA (2021) en esta misma obra, presenta como valor

(2) Como bien ha apuntado Baño León (2021, 9) el Real Decreto Ley 36/2020 «se ocupa en efecto de la ejecución del Mecanismo europeo, en el plano orgánico, procedimental y presupuestario, estableciendo en dichos campos una verdadera “lex specialis”...».

(3) No obstante, debemos señalar que la ampliación del plazo de vigencia de los contratos de suministro y de servicios de carácter energético dispuesta en el art. 53 del Real Decreto Ley 36/2020 no parece quedar circunscrita a aquellos que sean financiados con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Hasta tal punto resulta extraña la inclusión de esta disposición que el propio Consejo de Estado, en su Dictamen 783/2020 sobre el proyecto de Decreto Ley, interesaba una explicación de las razones que llevaban a incluir tal especialidad para los contratos de carácter energético frente a la regla general de duración de los contratos de servicios, así como su vinculación con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia o con la gestión de los fondos incluidos en el Instrumento Europeo de Recuperación. No obstante, la OIRESCON, en su «Guía básica Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia» deduce su aplicación exclusivamente a los contratos financiados con estos fondos de lo dispuesto en el art. 2 del Real Decreto Ley 36/2020 (Cfr. p.32 de la versión de 1 de julio de la Guía)

(4) En este mismo sentido se manifestaba HERNÁNDEZ SALGUERO (2020) al señalar que «la vinculación de la simplificación a ciertos umbrales de valor estimado reducido, no permitirían su aplicación a proyectos de mayor envergadura que normalmente son los que pueden tener un efecto transformador significativo del escenario en que debe desenvolverse la recuperación post Covid».

añadido el de incluir la referencia de las medidas que han incluido algunas Comunidades Autónomas en normas «espejo» que serán de aplicación en sus respectivos ámbitos territoriales, así que a sus análisis podemos remitirnos. Dichas medidas guardan relación, en general, con la fase de preparación y adjudicación de los contratos: dispensa de autorizaciones previas (art. 49); tramitación urgente de los expedientes (art. 50), ampliación de supuestos de utilización del procedimiento abierto simplificado y supersimplificado (arts. 51 y 52) o mecanismo de tutela precontractual (art. 58). A nuestro juicio, se trata de medidas que no agotan los problemas de los que adolece hoy en día la contratación pública, y nos sorprendería que puedan por sí solas remover «los obstáculos y cuellos de botella existentes en la normativa y en los procedimientos e instrumentos de gestión pública» a los que se alude el Real Decreto Ley en su Exposición de motivos para justificar su adopción.

El Real Decreto Ley 36/2020 se manifiesta tributario de la tendencia presente en las normas de contratación de centrar su atención en las normas de preparación y adjudicación de los contratos, relegando el interés por lo que suceda durante la ejecución del contrato. Así cabe deducirlo cuando en su exposición de motivos se declara que la finalidad principal de las disposiciones incluidas en los arts. 49 a 58 es la de «...agilizar y flexibilizar la tramitación de los procedimientos de contratación», en una clara alusión a la intervención sobre la fase precontractual. Por ello, y es una de las cosas que más llama la atención, es que ni una sola de las medidas previstas en el Real Decreto Ley 36/2020 incide en la fase de ejecución de los contratos, de manera que los que se financien con fondos procedentes del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia atenderán en dicha fase bien a lo que disponen los arts. 188 y siguientes LCSP, bien al derecho privado, en función de la naturaleza de la entidad contratante.

A nuestro juicio, y especialmente en relación con los contratos que se utilicen para articular las inversiones del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, hubiera sido deseable poner más foco en la fase de ejecución del contrato, atendiendo al carácter finalista y temporalmente condicionado de los fondos. Es por tanto nuestra voluntad ofrecer en las próximas líneas algunas ideas a los gestores de contratos para diseñar, ordenar y controlar la ejecución de aquellos que hayan de ser financiados con los fondos del Mecanismo europeo de Recuperación y Resiliencia.

II. ALGUNAS IDEAS PARA ARTICULAR LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS FINANCIADOS CON FONDOS NEXT GENERATION

Habiendo constatado el importante papel que, para una adecuada recuperación de la crisis de la Covid-19, y para el establecimiento de mecanismos

que nos permitan ser resilientes ante las próximas, ha de jugar la contratación pública, formularemos a continuación algunas ideas, a modo de «estrategia», para tratar de asegurar la correcta ejecución de los contratos financiados con fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (5). Con voluntad constructiva, y referidas sobre todo a la fase de ejecución de los contratos, se aventuran a continuación algunas prácticas y propuestas de cláusulas y/o contenidos que podrían ser incluidos bien en esos modelos de pliegos o pliegos tipo que está previsto que se elaboren, según indica el art. 54 del Real Decreto Ley 36/2020 (6), bien en pliegos singulares de cláusulas administrativas particulares. Pongámonos, como bien apuntaba RAZQUIN LIZARRAGA (2020) «manos a la obra de la contratación pública de la post-alarma».

1. Prevenir, mejor que curar: la necesidad de definir correctamente las prescripciones técnicas de los contratos

En general, la correcta ejecución de los contratos pasa por definir correctamente su objeto y sus prescripciones técnicas. Una regla que resulta especialmente necesaria en el caso de los que van a ser objeto de financiación con fondos del mecanismo de Recuperación y Resiliencia, por cuanto su aplicación está sujeta a plazo, y cualquier incidencia durante la ejecución de los contratos puede poner en peligro el cumplimiento de dicha condición. En particular, en el caso de los proyectos que se han definido para el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, resulta fundamental un adecuado tránsito

(5) Evocadoras resultan las palabras de MAZZUCATO (2021) en su relato prospectivo sobre la superación de la crisis de la Covid-19: «...y la contratación pública se convirtió en una herramienta para el pensamiento innovador que influyó en todas las ramas del Gobierno...»

(6) Entendemos que, a pesar de la diferencia nominal, estamos ante el mismo instrumento, aunque la diferente terminología utilizada en el Real Decreto Ley 36/2020 suscitó algunas dudas al Consejo de Estado, que no fueron aclaradas en el texto definitivo, que mantiene las referencias a los «pliegos-tipo» en varios de sus preceptos (art. 6 y 54) o «modelos tipo de pliegos» (art. 15.3.e y 25.2). Señalaba dicho órgano que «...Esta categoría de “pliegos-tipo” supone una novedad respecto de lo previsto en la Ley 9/2017, que no la contempla. Suscita dudas si estos pliegos-tipo equivalen a los modelos de pliegos a los que se refiere el artículo 122.5 de la Ley 9/2017 al regular los pliegos de cláusulas administrativas particulares. De ser así, sería aconsejable mantener la misma terminología utilizada en la Ley 9/2017 a efectos de evitar confusiones. En caso contrario, debe aclararse a qué órgano le corresponde la elaboración y aprobación de los pliegos-tipo (el artículo 6 del proyecto alude a la posibilidad de que los apruebe el Comité Técnico para el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia) y especificarse la relación existente entre dichos pliegos-tipo, los modelos de pliegos que eventualmente puedan existir para determinadas categorías de contratos y los pliegos de cláusulas administrativas o prescripciones técnicas particulares. El uso de estos modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares se establece como “preferente” en Cataluña (art. 16.1), y obligatorio en Andalucía —salvo justificación en contrario de la que se deberá dejar constancia en el expediente— (art. 25.2).

entre las «fichas de proyecto» que se han elaborado (algunas muy sucintas) y los pliegos de prescripciones técnicas a través de los cuales se articule su desarrollo. Y por eso resulta más conveniente postergar el lanzamiento de las licitaciones hasta el momento en que el pliego de prescripciones técnicas se encuentre convenientemente definido, que sucumbir a la tentación de derivar a la fase de ejecución, como condición de ejecución impuesta al contratista, la tarea de completar las omisiones o la subsanación de los defectos de los que adolezcan los proyectos y los pliegos de prescripciones técnicas, tarea que a buen seguro supondrá tanto sobrecostes como retrasos en la ejecución, con el consiguiente riesgo de incumplimiento de plazos (7).

Asimismo, conviene reforzar el sistema de supervisión de los proyectos de obra que vayan a ser ejecutados en el marco de contratos financiados con fondos del mecanismo de Recuperación y Resiliencia, así como el sistema para exigir responsabilidad a los proyectistas y supervisores, tal y como ha puesto de relieve el propio Consejo de Estado. Tal sugerencia se formulaba al analizar una previsión que el Gobierno incluyó en el proyecto de Real Decreto Ley sometido a su informe, y que daría lugar al Real Decreto Ley 36/2020, pero que, debido a la oposición manifestada por el órgano consultivo, no llegó a incluirse.

En efecto, el proyecto de Real Decreto Ley incluía un precepto que consideraba como causa de resolución del contrato de obras sin derecho a indemnización para el contratista «... la constancia en el acta de replanteo por el contratista de reparos por defectos en el proyecto que fueran previsibles durante el plazo de presentación de ofertas en la licitación sin que se haya comunicado fehacientemente a (sic) dichos defectos, durante la fase de licitación, al objeto de permitir al órgano de contratación el desistir del contrato y la oportuna rectificación del proyecto». Tal previsión tenía por objeto trasladar al contratista la responsabilidad, en parte, de la corrección del proyecto de obras que sirve de base al contrato. Sin embargo, el Consejo de Estado recordó que la LCSP atribuye la responsabilidad de garantizar la corrección de los proyectos a los órganos de contratación, así como a las unidades de supervisión correspondientes, denunciando que los controles que la LCSP prevé

(7) Una idea sobre la que precisamente advertía el Consejo de Estado, al hilo del análisis en su Dictamen 783/2020 de una disposición que finalmente no fue incluida en el texto definitivo del Real Decreto Ley 36/2020, relativa a la responsabilidad derivada de los errores de los que adolecen algunos proyectos de obras. Señalaba dicho órgano consultivo que «...se viene insistiendo en la necesidad de extremar el celo en la fase preparatoria de los contratos, articulando mecanismos que aseguren que los proyectos son viables, y de establecer un riguroso y eficaz sistema de responsabilidades para los autores de los proyectos y sus supervisores. Esto resulta especialmente relevante para los contratos que se adjudican en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, si se busca garantizar un uso adecuado de los recursos incluidos en el Instrumento Europeo de Recuperación...».

a tal efecto «fallan de manera no infrecuente en la práctica», dando lugar a numerosas perturbaciones durante la ejecución de los contratos de obras y causa importantes perjuicios para el interés público, concretados generalmente en retrasos y sobrecostes en las obras (8).

Es por ello que el Consejo de Estado se mostró especialmente crítico con la solución que proponía el proyecto de Real Decreto Ley por suponer «una dejación de las funciones que les corresponden a los órganos de la Administración encargados de la contratación y de la supervisión de los proyectos de obras, trasladando a los licitadores la obligación de supervisar minuciosamente el proyecto sobre el que se basa el contrato de obras licitado a fin de poner en conocimiento del órgano de contratación los defectos del mismo» (9). Y por ello insistía en la necesidad de extremar el celo en la fase preparatoria de los contratos, articulando mecanismos que aseguren que los proyectos son viables, y de establecer un riguroso y eficaz sistema de responsabilidades para los autores de los proyectos y sus supervisores, para garantizar un uso adecuado de los recursos con los que se dotan los fondos del mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

En este sentido, para los proyectos de obras que hayan de ejecutarse a través de contratos financiados con cargo a fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia resultará más que conveniente exigir antes de su aprobación, y con independencia de su cuantía, el informe de supervisión a que se refiere el art. 235 LCSP con el fin de verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto. La constitución de este tipo de unidades en el seno de los Gobiernos locales intermedios facilitaría el control de las obras a ejecutar por Entidades Locales que no pudieran contar con esos órganos de supervisión en sus estructuras (10).

(8) Además, en muchos de estos casos, no resulta posible, dado el tiempo transcurrido hasta que se ponen de manifiesto los defectos, exigir responsabilidad al autor del proyecto o a los supervisores por los daños causados por su inadecuación.

(9) El Consejo de Estado advertía también del un fuerte desincentivo que suponía la sanción de resolución del contrato para los contratistas hagan constar al tiempo del replanteo de las obras sus reparos por defectos en el proyecto, dadas las consecuencias negativas que ello conlleva, a saber: la resolución del contrato sin indemnización y su adjudicación al contratista que hubiera quedado en la siguiente mejor posición en el procedimiento de licitación. Esto podía inducir a diferir la manifestación de los eventuales reparos a un momento posterior en el que ya no se producirían las citadas consecuencias negativas, con lo que dicha previsión podía haber dado lugar a resultados opuestos a los perseguidos.

(10) Sería una manera de incorporar los recursos de esos Gobiernos Locales intermedios a la gestión del Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia, convirtiéndolos en elemento tractor de su ejecución. Sobre el aparente «olvido» de estos Gobiernos Locales intermedios en la gestión de los fondos del Mecanismo de Recuperación y resiliencia, vid. COLÁS TENAS (2021).

Y asimismo, esas unidades de supervisión deberían participar en los actos de replanteo de los proyectos a que se refiere el art. 236 LCSP para comprobar la realidad geométrica de la obra, la disponibilidad de los terrenos precisos para su ejecución y cuantos supuestos figuren en el proyecto y sean básicos para el contrato a celebrar.

Nada más desaconsejable que el precipitarse en el comienzo de la ejecución. Y en este sentido, sorprende la medida adoptada en el Decreto-Ley Foral 4/2021, de 14 de abril, por el que se aprueban medidas urgentes para la gestión y ejecución de las actuaciones financiables con fondos europeos provenientes del Instrumento Europeo de Recuperación, que contempla la posibilidad de «... acordar el comienzo de la ejecución del contrato, una vez vencido el plazo de suspensión establecido en el artículo 101.2 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, y antes de la formalización del mismo, siempre que se hayan constituido las garantías para el cumplimiento de las obligaciones del contrato que estén previstas, en su caso». Es cierto que las especiales competencias de las que goza la Comunidad Foral en materia de contratación públicas podrían justificar tal previsión, pero no debemos olvidar que a la gestión de los fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia les resultan de aplicación también determinadas normas financieras, y en particular las que se establecen en el Reglamento 2018/1046, del Parlamento europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión (11). Es el artículo 172 de dicho Reglamento el que dispone que «no podrá procederse a la ejecución de un contrato antes de que haya sido firmado», por lo que aplicar la especialidad prevista en el Decreto Ley navarro parece desaconsejable, si no se quiere correr riesgos de descertificación de las inversiones a posteriori.

2. Diversificar los riesgos para asegurar la absorción de los fondos: la división en lotes del objeto de los contratos

Otra de las «buenas prácticas» que cabría recomendar, como estrategia para alcanzar el objetivo declarado del Real Decreto Ley 36/2020 de absorber la mayor cantidad de fondos, sería la de no concentrar los proyectos en

(11) El considerando 71 del Reglamento 2021/241/UE indica que «Son de aplicación al presente Reglamento las normas financieras horizontales adoptadas por el Parlamento Europeo y el Consejo sobre la base del artículo 322 del TFUE. Dichas normas se establecen en el Reglamento Financiero y determinan, en particular, el procedimiento de elaboración del presupuesto y su ejecución mediante subvenciones, contratos públicos, premios y ejecución indirecta, y prevén controles de la responsabilidad de los agentes financieros. Las normas adoptadas sobre la base del artículo 322 del TFUE también incluyen un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión».

grandes contratos. Una idea que se apunta precisamente en la regulación de los Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica (PERTES) a los que se refiere el art. 8 del citado Real Decreto Ley, cuando advierte que «...podrán consistir en un proyecto único claramente definido en cuanto a sus objetivos y sus modalidades de ejecución, o bien en un proyecto integrado, es decir, un grupo de proyectos insertados en una estructura, plan de trabajo o programa comunes que compartan el mismo objetivo y se basen en un enfoque sistémico coherente». Esta lógica de «integración» o «agrupación» de proyectos puede aplicarse también a los de menor tamaño, como «sistema de cobertura» ante eventuales incidencias en la ejecución. Se trata de «no poner todos los huevos en la misma cesta», y que eventuales problemas de ejecución en una parte de un proyecto o subproyecto no perjudiquen al objetivo final.

Para articular esta idea, podría preverse la realización independiente de cada una de las partes de los contratos mediante su división en lotes, conforme a lo dispuesto en el art. 99 LCSP, debiendo justificarse en el expediente de contratación las razones por las cuales no sea posible, en su caso, esa división en lotes, ya que no se ha previsto dispensa de tal obligación para la tramitación de los contratos financiados con fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

3. Establecer condiciones especiales de ejecución orientadas al cumplimiento de los objetivos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia

Un instrumento fundamental para asegurar la correcta ejecución del contrato es el establecimiento de condiciones especiales de ejecución. Las condiciones especiales de ejecución del contrato son 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 merece consecuencias jurídicas más severas. Obviamente, no inciden en la evaluación de las proposiciones de los licitadores y despliegan su eficacia únicamente en la fase de ejecución del contrato. A ellas se refiere el art. 202 LCSP que, recordemos, 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 no ha sido dispensada en relación con los contratos financiados con fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, por lo que dichos contratos también deberán incluirlas, e incluso aumentarlas, lo cual tiene todo sentido a la vista de que entre los objetivos del Mecanismo se encuentra, entre otros, la transición ecológica, el crecimiento sostenible, el empleo, la investigación, el desarrollo y la innovación.

La elección de cada condición especial de ejecución, necesariamente vinculada al objeto del contrato, habrá de justificarse debidamente en el expediente (art. 116.4.c LCSP), una circunstancia que, bajo nuestro punto de vista, hace bastante compleja la tarea de su normalización. Es cierto que el art. 54 del Real Decreto Ley 36/2020 alude a la elaboración de «pliegos-tipo que incorporen todos los criterios verdes, digitales, de innovación, de potenciación de pymes y de responsabilidad social que se consideren necesarios» para la adjudicación de contratos a celebrar para la gestión de los fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, lo cual puede incluir también las condiciones especiales de ejecución, pero la heterogeneidad de objetos contractuales dificulta como decimos la tarea de definir condiciones especiales de ejecución multipropósito. Y eso, aun cuando el requisito de la «vinculación con el objeto del contrato» ha sido interpretado en términos menos rigurosos para estas condiciones especiales de ejecución que para los criterios de adjudicación. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su Informe 1/2020, señaló que «La vinculación al objeto del contrato, en el caso de las condiciones especiales de ejecución exige que la condición se efectúe durante el cumplimiento y en la ejecución de la prestación contratada, no en otra. En el caso de los criterios de adjudicación, tal vinculación exige, conforme al artículo 145.6 de la LCSP, que el criterio se refiera o integre las prestaciones que deben realizarse en virtud de dicho contrato en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida».

Además, esas condiciones especiales de ejecución no pueden resultar discriminatorias, y su posterior exigencia queda condicionada a su constancia en el anuncio de licitación y en los pliegos.

En el caso de los contratos financiados con fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, y en atención a sus condicionantes temporales, parece necesario configurar como condición especial de ejecución el plazo de ejecución comprometido por los licitadores en sus ofertas. En este sentido, resulta conveniente generalizar en estos contratos la solicitud al contratista de un «plan de trabajo», con hitos intermedios, para controlar posibles desviaciones en los ritmos de ejecución.

En relación sobre todo de aquellos contratos que tengan por objeto la transformación digital, y en particular en aquellos cuya ejecución implique la cesión de datos por las entidades del sector público al contratista, debe recordarse la necesidad del establecimiento de una condición especial de ejecución que haga referencia a la obligación del contratista de someterse a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos, advirtiéndose además al contratista de que esta obligación tiene el carácter de obligación contractual esencial de conformidad con lo dispuesto en la letra f) del apartado 1 del artículo 211 LCSP (su incumplimiento podrá ser considerado como causa para justificar la resolución del contrato).

Para desincentivar el incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, los órganos de contratación pueden articular varias medidas. La más conocida, la imposición de penalidades (192.1 LCSP), o incluso la configuración como causa de resolución del contrato. Para ello el pliego debe prever expresamente tanto las penalidades que corresponderán al incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución, o atribuir al mismo el carácter de obligación contractual esencial determinante de la resolución del contrato (211.1.f LCSP). Pero hay todavía una tercera alternativa, que pasa por configurar ese incumplimiento como causa de prohibición de contratar a futuro, tal y como establece el art. 71.2 c) LCSP, siempre y cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato. Para ello el incumplimiento deberá definirse en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y la declaración de prohibición de contratar deberá ir precedida de la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios (no será, por tanto, una medida autónoma respecto a ellas).

4. La previsión de modificación de contratos

Otra de las cuestiones a las que debe prestarse atención en el diseño de la fase de ejecución de los contratos es la relativa a la posibilidad de su modificación. En relaciones contractuales a medio o largo plazo, como son algunas de las que se van a articular en el marco de los contratos financiados con cargo a los fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, que pueden subsistir hasta finales de 2026, resulta necesario o al menos conveniente prever la posibilidad de que concurran ciertas eventualidades y que, en atención a ellas, el contrato pueda ser objeto de modificación.

Precisamente en ese sentido, el proyecto de Real Decreto Ley que fue objeto de informe por el Consejo de Estado incluía una disposición al respecto que, sin embargo, no se recogió finalmente en el texto definitivo del Real Decreto Ley 36/2020. Señalaba el entonces art. 53 del proyecto:

1. *En los contratos de obra financiados con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, no tendrán la consideración de modificaciones la inclusión de unidades nuevas y/o de precios nuevos, fijados estos contradictoriamente por los procedimientos establecidos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, y en sus normas de desarrollo cuando no sean de aplicación los precios del proyecto original, siempre que no supongan incremento del precio global del contrato ni afecten a unidades de obra que en su conjunto exceda del 10 por ciento del presupuesto primitivo del mismo.*
2. *La ejecución de estas nuevas unidades, y de los nuevos precios asociados, será en todo caso obligatoria para el contratista, quien podrá a su vez recurrir tanto*

el modificado como los precios nuevos por la vía de los recursos previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

3. *Será causa de resolución del contrato de obras sin derecho a indemnización para el contratista la constancia en el acta de replanteo por el contratista de reparos por defectos en el proyecto que fueran previsibles durante el plazo de presentación de ofertas en la licitación sin que se haya comunicado fehacientemente a dichos defectos, durante la fase de licitación, al objeto de permitir al órgano de contratación el desistir del contrato y la oportuna rectificación del proyecto.*

La causa de resolución contemplada en el apartado 3 ya la hemos analizado anteriormente. Las previsiones de los apartados 1 y 2 se hubieran insertado como complemento de los arts. 205 y 206 LCSP, relativos a las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y sobre las mismas el Consejo de Estado realizó en su informe algunas consideraciones. Así, en relación con el primer apartado, se aceptaba la propuesta de ampliar los supuestos que no reciben la consideración de modificaciones, respecto de los previstos en el artículo 242.4 de la LCSP, para considerar también el exceso de mediciones y la inclusión de precios nuevos si se cumplían determinados requisitos (fijación contradictoria y máximo 10% del presupuesto del contrato). Sin embargo, no compartía la extensión de tal consideración respecto de la inclusión de nuevas unidades de obra en el contrato, incluso a las de poca entidad: «...sería ir en contra de la propia naturaleza de las cosas negar a estos supuestos la condición de modificaciones contractuales...» llega a afirmar el Consejo de Estado. No se oponía sin embargo el citado órgano consultivo —de hecho es lo que propone para agilizar la tramitación de estas modificaciones de poca entidad— a que para tales supuestos se dispensase del cumplimiento de algunos trámites procedimentales previstos con carácter general en los arts 207 y 242 LCSP. Lo único que pedía era que se concretasen los trámites de los que se puede prescindir en estos casos, teniendo en cuenta para ello una adecuada ponderación de todos los intereses en juego (12).

Por otra parte, el Consejo de Estado tampoco se oponía a la atribución del carácter obligatorio de esas modificaciones de contratos de obras que acordase el órgano de contratación en el marco de contratos financiados con fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, que era lo que se proponía en el apartado 2 del artículo 53 proyectado. Ninguna objeción se planteaba a contemplar, para estos casos, una excepción a lo dispuesto en el

(12) Pues bien, siguiendo la sugerencia del Consejo de Estado, hubiera sido posible prever, para las modificaciones de escasa cuantía de contratos financiados con cargo a fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia la innecesariedad de audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas —exigible ex. art.207.2 LCSP—, o la autorización previa del órgano de contratación para la modificación del proyecto en los contratos de obras —art. 242.4 LCSP—.

art. 206.1 LCSP, que únicamente dispone la obligatoriedad de las modificaciones acordadas por el órgano de contratación cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido. Es decir, que se podía establecer el carácter obligatorio de las modificaciones con independencia del porcentaje que representasen. Lo único que pedía el Consejo de Estado era aclarar «...si el porcentaje que representan las modificaciones contempladas en el artículo 53 debe ser tenido en cuenta o no a la hora de determinar la obligatoriedad de otras posibles modificaciones posteriores que no estén amparadas por dicho artículo, esto es, si debe incluirse en el cómputo del porcentaje acumulado que tales modificaciones representan a los efectos de lo dispuesto en el artículo 206 de la Ley 9/2017», así como las eventuales vías de recurso (especial u ordinarios) de los que dispondría el contratista para plantear su oposición a dichas modificaciones o a la fijación de precios por la entidad contratante.

Sin embargo, como ya hemos señalado, y a pesar de que el Consejo de Estado no se oponía a las medidas propuestas, la versión final del Real Decreto Ley no incluyó ninguna especialidad sobre la modificación de los contratos financiados con cargo a los fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, de manera que se mantienen inalteradas las reglas generales previstas en los arts. 204, 205 y 206 LCSP en el ámbito de estos contratos.

No obstante, algunas normas autonómica de las que hemos calificado como «espejo» al Real Decreto Ley 36/2020 sí que han incluido previsiones sobre modificación de contratos financiados con fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Nos referimos al Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que en su art. 31 prevé como causa sobrevenida de modificación del contrato la modificación de la programación europea que tenga incidencia sobre el objeto del contrato (13). Señala el citado precepto:

«Artículo 31. Modificaciones de contratos.

A los efectos de la modificación de los contratos prevista en el artículo 205.2.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, se considerarán circunstancias sobrevenidas imprevisibles las modificaciones de la programación europea vigente que tengan incidencia sobre el objeto del contrato.

Las modificaciones que se acuerden deberán, en todo caso, asegurar el mantenimiento del equilibrio económico del contrato».

(13) En idénticos términos se ha incorporado también dicha previsión en la Ley 4/2021, de 25 de junio, de Medidas Urgentes de Agilización y Simplificación de Procedimientos para la Gestión y Ejecución de los Fondos Europeos de Recuperación (art. 27).

El contemplado en el art. 31 del Decreto Ley 3/2021 no es en realidad un supuesto de modificación nuevo, de manera que la lista de supuestos de modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares contemplada en el art. 205 LCSP no se ve ampliada, y se respeta el carácter básico de dicho precepto. En realidad, la especialidad autonómica pretende ser un desarrollo de uno de los supuestos, concretamente el contemplado en el apartado 2.b del art. 205 LCSP, que se refiere a las «circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato». En este sentido, indica el precepto que «se considerarán circunstancias sobrevenidas imprevisibles las modificaciones de la programación europea vigente que tengan incidencia sobre el objeto del contrato», una previsión que, según lo dispuesto en el art. 2 del Decreto Ley, afectará exclusivamente a los contratos financiados con cargo a los fondos europeos del periodo de programación 2014-2020 (Fondo Europeo de Desarrollo Regional, Fondo Social Europeo, Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y Fondo Europeo Marítimo y de Pesca), pero no a los que se financien con cargo al «Instrumento de Recuperación de la Unión Europea» (en alusión al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia aprobado por Reglamento 2021/241), por la sencilla razón de que dicho instrumento no está sujeto a programación. En cualquier caso, a pesar de esa limitada aplicabilidad, debe tenerse en cuenta que, aunque legalmente los cambios de programación sean considerados circunstancia sobrevenida e imprevisible para una Administración diligente, todavía deberán cumplirse otros requisitos previstos en el art. 205 y 206 LCSP. Es decir, que la modificación no podrá alterar la naturaleza del contrato, no podrá implicar una alteración en la cuantía del contrato que exceda aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido, y por último, que la modificación únicamente será obligatoria para el contratista siempre que no implique, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía de más del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.

Dejando aparte esa regulación legal de las modificaciones de los contratos financiados con cargo a fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, la vía con la que cuentan las entidades contratantes para hacer frente a las eventualidades que puedan acaecer durante la ejecución del contrato es la del art. 204 LCSP, que permite prever en el propio pliego de cláusulas administrativas particulares la posibilidad de modificación del contrato (14).

(14) Este tipo de modificación deben preverse en los pliegos singulares, no en los modelos de pliegos o pliegos tipo, cuyo contenido debe referirse a aspectos susceptibles de estandarización. Es por ello que la regulación del contenido de los modelos de pliegos de contratación establecida en el Decreto-ley 3/2021, de 12 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para ejecutar las actuaciones y los proyectos que deben financiarse con fondos

La cláusula de modificación que se introduzca en el pliego deberá ser clara, precisa e inequívoca, y deberá precisar con el detalle suficiente su alcance, límites y naturaleza, las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva, y el procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación. Debe recordarse, no obstante, que la posibilidad de modificación de los contratos por esta vía (previsión en el pliego de cláusulas administrativas particulares) no es absoluta, sino que también presenta algunos límites, principalmente dos: la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato, y tampoco podrá superar el veinte por ciento del precio inicial.

5. Cuestiones relativas al precio de los contratos y su «ajuste» durante la ejecución del contrato

Algunos de los proyectos que pretenden articularse con cargo a los fondos *Next generation* tienen un componente innovador y disruptivo. Así va a suceder, por ejemplo, con algunos de los que presentan una alta componente tecnológica. Puede suceder que, en tales casos, resulte muy difícil la determinación del precio pagadero por los mismos antes de lanzar la licitación, por la complejidad de las prestaciones, la necesidad de utilizar una técnica nueva, o porque no exista información sobre los costes de prestaciones análogas, de modo que no sea posible determinar con precisión un precio cierto. En tales casos, la LCSP admite la celebración del contrato, e incluso el comienzo de su ejecución, con unos «precios provisionales» que serán determinados *a posteriori* (15).

En ese caso, y conforme a lo indicado en el art. 102.7 LCSP, el pliego de cláusulas administrativas particulares deberá incluir una serie de previsiones para determinar el precio definitivo que terminará abonando la entidad contratante, tales como el procedimiento para ello, con referencia a los costes efectivos y a la fórmula de cálculo del beneficio, las reglas contables que el adjudicatario deberá aplicar para determinar el coste de las prestaciones, o los controles documentales y sobre el proceso de producción que la entidad contratante podrá efectuar sobre los elementos técnicos y contables del coste de producción.

europeos en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, señala que «en particular, no debe incluirse la previsión de modificación del contrato a la que se refiere el artículo 204 de la Ley 9/2017 (Cfr. art. 18.3)».

(15) Recuérdese, no obstante, que la celebración de un contrato con precios provisionales únicamente es posible cuando para la adjudicación del mismo se haya utilizado un procedimiento negociado, un diálogo competitivo, o un procedimiento de asociación para la innovación.

Por otra parte, en los últimos meses, diversos factores están haciendo que se incremente el precio de determinadas materias primas, algunas de las cuales resultan fundamentales para la ejecución de ciertos contratos. Ese incremento resulta más acusado en aquellas materias que deben ser importadas, pues al alza de precio derivado de la escasez de algunas de ellas ha de sumarse el de los incrementos del coste del transporte marítimo hasta puertos españoles. Diversas asociaciones de contratistas han intensificado en fechas recientes su reclamación de establecimiento, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos, de sistemas de revisión de los precios de los contratos «como mecanismo de mantenimiento del equilibrio económico de los contratos». Algunas de ellas han advertido de que si estos incrementos de precios no se toman en consideración en las nuevas licitaciones —lo cual incluye las que se convoquen con cargo a los Fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia— cabe la posibilidad de que queden desiertas.

A pesar de estar prevista en el art. 103 LCSP, la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, ha convertido en una práctica habitual la de excluir la revisión de precios de los contratos públicos, quedando absorbida la evolución de los mismos dentro del «riesgo y ventura» del contratista conforme a lo dispuesto en el art. 197 LCSP. A ello ha contribuido la imposibilidad de referenciar la revisión de precios a índices generales de precios, como el IPC o el PIB, sino que deba preverse, cuando sea posible (16) y además se decida admitir, índices específicos «*que con la mayor desagregación posible mejor refleje la evolución de los precios y que pueda ser obtenido con información disponible al público*» (art. 2.1.d Ley 2/2015). Pues bien, en el marco de algunos contratos financiados con cargo a fondos *Next generation*, especialmente aquellos cuyo plazo de ejecución sobrepase el previsto para la aplicación de las medidas del Mecanismo europeo de Recuperación y Resiliencia, puede resultar interesante la inclusión de índices de revisión de precios para garantizar el mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

6. La resolución de incidencias y conflictos durante la ejecución de los contratos

Como ya hemos dicho, la ejecución de los fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia están condicionados temporalmente. El art. 20 del

(16) Debe recordarse que, conforme a lo que señala el art. 103.2 LCSP «la revisión periódica y predeterminada de precios solo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, en los contratos 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».

Reglamento 2021/214/UE establece el 31 de agosto de 2026 como fecha en la que deberán haberse alcanzado los hitos y objetivos finales de los proyectos de inversión. En consecuencia, los contratos que se adjudiquen para ejecutar esos proyectos de inversión deberían incluir mecanismos ágiles de resolución de las eventuales incidencias o conflictos que puedan surgir durante la ejecución de los contratos, y procurar que el curso de la ejecución no se interrumpa. Para ello, puede resultar interesante incorporar cláusulas de remisión a un arbitraje la resolución de los eventuales conflictos que puedan surgir.

El arbitraje como fórmula de resolución de conflictos no se encuentra expresamente contemplado en la LCSP, como sí lo estaba en versiones anteriores de dicha norma estatal. La expresa regulación del arbitraje para la resolución de conflictos que puedan acaecer en la fase de ejecución de los contratos se introdujo en la Ley 30/2007, de contratos del sector público, con motivo de su modificación a través de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras. Con ocasión de la misma se añadieron algunos preceptos al texto original, uno de los cuales (el 320) indicaba la posibilidad de que las entidades del sector público que no tuvieran el carácter de Administraciones Públicas podían remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que surgieran sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebrasen. Dicho precepto pasó a ser el art. 50 del posterior Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, pero desapareció del contenido de la LCSP actualmente en vigor.

La omisión en la LCSP de referencias al arbitraje como sistema de resolución de conflictos durante la ejecución del contrato no puede ser entendida como imposibilidad de su articulación. En este sentido, participamos de la idea de GIMENO FELIÚ (2019) que justificaba la desaparición de las referencias al arbitraje en la LCSP «para que sea decisión de cada Administración pública optar por esa posibilidad», adoptando la LCSP una postura neutral al respecto. De ser ello así, serán los pliegos de cláusulas administrativas particulares los que habrán de prever una cláusula arbitral, que se activará para la resolución de las controversias que surjan durante la ejecución del contrato, pues como bien sostiene GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA (2020, 558 y 559) no es ya necesaria una norma habilitante sectorial, sino que es suficiente la habilitación general para la terminación convencional de los procedimientos administrativos contenida en el art. 86.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de aplicación subsidiaria

en los procedimientos administrativos de adjudicación de contratos públicos (Disposición Final Cuarta LCSP):

«...Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, *con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule*, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin...».

Debe entenderse que la referencia contenida en el antecitado precepto a «la disposición que lo regule» bien puede ser entendida como una remisión a la cláusula o convenio arbitral que, para la resolución de los conflictos durante la fase de ejecución, se incluya en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares. Para las entidades que no tengan la consideración de Administración pública a efectos de la LCSP, hay que recordar que la ejecución de sus contratos queda sometida al derecho privado (art. 26.3 LCSP), por lo que no hay mayores problemas para fundar en la autonomía de las partes la inclusión de la cláusula o convenio arbitral.

Pese a la admisión generalizada del arbitraje como fórmula de terminación convencional de los procedimientos administrativos, algunas normas autonómicas contemplan expresamente esta posibilidad de su utilización en el marco de los contratos públicos. Así sucede en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón, donde existe una habilitación general para todos los poderes adjudicadores, incluido por tanto los de la Administración local, para utilizar el arbitraje para la resolución e conflictos en cualquier tipo de contrato, con independencia de la cuantía de los mismos (17). Y esa ha sido, precisamente, la solución adoptada, en el contexto de los fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, por el Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que ha incluido una especialidad para los contratos financiados con cargo a los citados fondos según la cual (art. 33) (18):

(17) Cfr. art. 22 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón: «Los distintos poderes adjudicadores sometidos a esta ley podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren, independientemente de la cuantía de los mismos».

(18) Una medida similar contempla también la Ley 9/2021, de 25 de febrero, de simplificación administrativa y de apoyo a la reactivación económica de Galicia.

«...1. La solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento, cuestiones relativas al reequilibrio económico del contrato y extinción de los contratos sobre materias de libre disposición conforme a derecho, de expedientes que se financien con cargo a los fondos europeos, independientemente de la cuantía de los mismos se podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, sin que sea necesario Decreto acordado en Consejo de Gobierno, atendiendo a lo previsto en el artículo 21.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo.

La sumisión a arbitraje no podrá en ningún caso suponer renuncia al ejercicio de las prerrogativas de la Administración en los contratos reconocidas en el artículo 190 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de modo que lo que se someterá a arbitraje será el acuerdo que adopte el órgano de contratación después del procedimiento que para el ejercicio de dichas prerrogativas establece el artículo 191 de dicha Ley.

2. Los pliegos reguladores de los contratos que se financien con cargo a los fondos europeos, determinarán la composición del órgano arbitral que deba conocer del asunto que se someta a laudo arbitral, garantizando la igualdad y el equilibrio de las partes en la composición del mismo conforme al Título III de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Asimismo incorporarán como anexo una cláusula de sumisión a arbitraje en los términos del apartado 1 a la que podrán adherirse los licitadores. Dicho anexo tendrá el contenido que se determine en los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares tipo a que hace referencia el artículo 25 de este Decreto-ley.

3. El órgano arbitral para la resolución de conflictos estará formado por uno o tres árbitros. El procedimiento de designación se concretará, con respeto a lo establecido en el título III de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, en el anexo que se incorporará a los pliegos de cláusulas administrativas particulares conforme a lo indicado en el apartado 2. En su caso, la designación de los árbitros por la Administración corresponderá a la persona titular de la Consejería de adscripción del órgano de contratación. La retribución a los árbitros se efectuará conforme a las reglas establecidas en el artículo 37.6 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

4. El plazo de resolución del arbitraje será como máximo de dos meses. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a un mes, mediante decisión motivada».

A través de esta disposición se concretan los términos en que las entidades dependientes de la Comunidad Autónoma de Andalucía que tramiten contratos que se financien con cargo a los fondos europeos, pueden someter a un arbitraje la resolución de los conflictos que puedan surgir durante la ejecución de los mismos. La previsión de resolución del conflicto en un máximo de dos meses asegura que el conflicto no afecte críticamente a la ejecución del contrato, y puedan cumplirse los plazos de ejecución previstos.

Esta habilitación expresa no excluye la necesidad de definir en el pliego de cláusulas administrativas particulares la cláusula o convenio arbitral. En el caso de Andalucía se especifica que se incluirá un modelo de cláusula en los pliegos-tipo que tienen previsto publicar, lo cual homogeneizará sus contenidos, y facilitará el recurso a su aplicación.

Una práctica como la descrita, podría ser utilizada por cualquier entidad que deba tramitar contratos financiados con fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, beneficiándose de una rápida resolución de los eventuales conflictos que puedan surgir durante la ejecución de dichos contratos.

7. A propósito de la necesidad de mecanismos de control...

A nadie se le escapa que la pretendida agilización de los procedimientos de contratación que persiguen las medidas establecidas en el Real Decreto Ley 36/2020 no debe suponer una merma de las garantías y controles de ejecución de los fondos. Antes al contrario, las garantías de buena administración deben mantenerse igualmente, o incluso en algún caso reforzarse, tal y como ha sugerido la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación en su «Guía básica Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia», al indicar que «se hace preciso desde un primer momento el refuerzo de medidas que garanticen una correcta adecuación a derecho de las operaciones proyectadas y ejecutadas de modo que la flexibilización de algunos controles no provoque situaciones indeseadas. En este sentido, el gran volumen de fondos previsto y el escaso tiempo para su compromiso y ejecución provoca indudablemente una situación de riesgo (p. 44 de la versión de 1 de julio)». La situación señalada requiere, a juicio de la OIRESCON, hace preciso e indispensable la implementación de los correspondientes controles en todas las fases de los procedimientos, así como un seguimiento continuo.

Es por ello que nos centraremos a continuación en desgranar diferentes posibilidades de control de la ejecución de los contratos que podrían articularse para garantizar el uso adecuado de los fondos europeos con los que se financian.

A) La vertiente organizativa del control. Reforzar la figura del responsable del contrato

Un instrumento típico de control de la ejecución es la figura del responsable del contrato, a la que se refiere el art. 62 LCSP. Dicha figura opera, con carácter obligatorio («los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato») y con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato. Al responsable del contrato

corresponde supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada. En los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato serán ejercidas por el Director Facultativo.

Los pliegos son el lugar en el que determinar las facultades que le corresponderán al Responsable del contrato durante la ejecución del mismo, y en los mismos se pueden contemplar su intervención en las siguientes actuaciones (19):

- a. Control de las condiciones de ejecución del contrato tanto generales (condiciones laborales, subcontratación) como especiales (plazos, hitos, etc...).
- b. Control del cumplimiento de las mejoras ofertadas por el contratista.
- c. Modificación de los recursos adscritos a la ejecución del contrato.
- d. Modificación del contrato, prórrogas y ampliaciones de plazo.
- e. Procedimientos de imposición de penalidades o de resolución del contrato.
- f. Conformidad con los trabajos entregados a efectos de pagos (parciales y total o final).
- g. Liquidación del contrato transcurrido el plazo de garantía y procedencia de devolución o incautación de las garantías constituidas.

El responsable del contrato puede ser una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él. Algunas entidades están reforzando sus capacidades y equipos de control mediante la celebración de contratos de servicios con empresas externas que asumen, por cuenta del órgano de contratación, las funciones que en los pliegos de sus contratos está previsto que asuma el responsable del contrato (20).

(19) La normativa autonómica equivalente al Real Decreto Ley 36/2020 ha contemplado algunas previsiones específicas en relación con esta figura del responsable del contrato. Así, el debe desarrollar las funciones que establezca la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, así el Decreto-ley 5/2021, de 2 de febrero, por el que se aprueban medidas urgentes para la implementación y gestión de los fondos procedentes del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia y del fondo REACT-EU para la Administración de la Generalidad de Cataluña y su sector público indica que el responsable del contrato debe desarrollar las que establezca la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, «así como las funciones siguientes:

a) Autorizar la alteración de los medios humanos y materiales que se obligó a adscribir a la ejecución del contrato.

b) Enviar a la Comisión mixta de seguimiento las hojas de seguimiento y las propuestas de modificación, penalidades o resolución que correspondan. El responsable del contrato puede asistir a las reuniones de la Comisión mixta de seguimiento y control con voz y sin voto...».

(20) Así se ha contemplado expresamente tal posibilidad en el , señalando que «para las funciones de control de la ejecución y de resolución de las incidencias que surjan, se puede contratar una asistencia externa...».

B) Garantías frente a la descertificación de inversiones: una opción cuestionable

Como ya hemos dicho, la normativa que diferentes Comunidades Autónomas ha aprobado como «espejo» del Real Decreto Ley 36/2020, ha profundizado en mayor medida en algunos aspectos de la ejecución de los contratos financiados con fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

En este sentido, y en relación con las medidas de aseguramiento del adecuado uso de los fondos, nos ha sorprendido una de las disposiciones incluidas en el Real Decreto Ley, al hilo de la regulación del contenido de los modelos de pliegos que allí va a elaborar la dirección general competente en materia de contratación pública. Como uno de esos contenidos a incluir en los pliegos se indica que «la garantía definitiva será devuelta al contratista cuando el órgano competente de fiscalización de la Unión Europea acepte la solicitud de certificación presentada», previsión orientada, aparentemente, a garantizar el adecuado uso de los fondos asignados a la ejecución del contrato. Pudiera pensarse que con la retención de la garantía definitiva (recordemos, el 5 por ciento del importe de adjudicación del contrato) el órgano de contratación podría eventualmente resarcirse en caso de descertificación total o parcial de los gastos que hubieran supuesto la ejecución del contrato en cuestión, una medida que, sin embargo, presenta, a nuestro juicio, algunas aristas.

La inclusión de tal previsión no tiene una justificación aparente, o al menos no se especifica en la exposición de motivos del Decreto Ley. Incluso, a nuestro juicio, podría vulnerar el orden de distribución de competencias en materia de contratación entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Recordemos en este punto que la ley 9/2017, de contratos del sector público regula, con carácter básico, la cuestión de la devolución de las garantías definitivas en su art. 111, que de ordinario se vincula al vencimiento del plazo de garantía del contrato. La previsión de la norma catalana, al establecer un plazo de duración que en algunos casos —la mayor parte vaticinamos— excederá del plazo de garantía de los contratos, supondría en este punto un exceso del legislador catalán, habida cuenta de la clara afeción que esa medida supone al principio de igualdad de los licitadores y los contratistas.

No hay que olvidar el importante efecto indirecto que una medida como la señalada va a tener sobre los precios de las licitaciones, que se verán incrementados (y en la misma medida debería preverse a la hora del cálculo de los valores estimados) como consecuencia del mayor coste financiero que los contratistas soportarán por el mantenimiento de las garantías (normalmente constituidas mediante avales bancarios) durante un mayor tiempo.

Además, no se entiende muy bien el objeto de esa «retención» de la garantía definitiva al contratista hasta que «el órgano competente de fiscali-

zación de la Unión Europea acepte la solicitud de certificación presentada», ya que, a nuestro juicio, difícilmente se podría trasladar al contratista una eventual responsabilidad por la no absorción final de la financiación europea por parte de la entidad contratante derivada del incumplimiento de las normas que regulan la gestión de los fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Hay que recordar que los contratistas no son sujetos destinatarios de los instrumentos de gestión de esos fondos, y que su relación con la entidad contratante se regirá por lo dispuesto en los correspondientes pliegos del contrato. En este preciso sentido, la disposición adicional cuarta del Real Decreto ley 36/2020 ha previsto expresamente que «La no obtención de ingresos por absorción de fondos europeos conforme a la normativa comunitaria de aplicación con carácter final, no conllevará la nulidad o anulabilidad de las actuaciones llevadas a cabo por la Administración en aplicación de lo previsto por este real decreto ley».

C) La vertiente institucional del control: Una reflexión sobre el papel de los órganos consultivos, de supervisión de la contratación pública, y de control externo

Han sido numerosas las voces que han destacado la necesidad de «vigilar» la ejecución de los contratos financiados con los fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, para evitar posteriores sorpresas, pero muy pocas se han atrevido a concretar los instrumentos de control, que también tienen una vertiente organizativa, y que en el ámbito de contratación pública corresponde fundamentalmente a los órganos consultivos en materia de contratación, y también la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación Pública (OIRESCON). Las siguientes líneas las dedicaremos a apuntar algunas ideas sobre el papel que deberían jugar dichos órganos.

El Real Decreto Ley 36/2020 atribuye expresamente la función de «interpretar» de sus disposiciones en materia de contratación a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, facultándole asimismo para «dictar las Instrucciones que resulten necesarias para coordinar la aplicación de las disposiciones anteriores a fin de la correcta tramitación de los contratos financiados con fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia», competencia que parece superponerse con la de «velar por la correcta aplicación de la legislación de la contratación pública a los efectos de detectar incumplimientos específicos o problemas sistémicos» que conforme al art. 332.6.b LCSP se atribuye a la OIRESCON (21), a la que, en relación con los contratos financiados

(21) Como bien apunta MORENO MOLINA (2020, 308), en ejecución de esa competencia la OIRESCON «podrá aprobar instrucciones fijando las pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de la contratación pública» (art. 332.7 LCSP)

con fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia no se ha atribuido ningún cometido específico.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ya ha dictado alguna Instrucción de las referidas el art. 57 del Real Decreto Ley 36/2020, que serán obligatorias únicamente para los órganos de contratación del sector público estatal (22). También se ha pronunciado sobre otras disposiciones del Real Decreto Ley 36/2020, como el art. 58, relativo a las especialidades del recurso especial en materia de contratación, a través de sus clásicos informes, en lugar de a través de Instrucciones (23). En cambio, todavía —al menos a fecha de cierre de este artículo— no ha publicado los pliegos-tipo de contratación a que se refiere el art. 54. Es cierto que no encontramos en el Real Decreto Ley 36/2020 una expresa atribución a la Junta Estatal de tal cometido, a diferencia de lo que han hecho diferentes normas autonómicas dictadas a modo de «espejo», atribuyendo expresamente a órganos concretos la elaboración de esos modelos de pliegos (24). Incluso la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón ha informado ya la adaptación de sus modelos de pliegos generales a las especialidades del Real Decreto-Ley 36/2020 (25). Y puede inducir a confusión el hecho de que la *aprobación* formal de esos pliegos-tipo se haya atribuido al Comité Técnico para el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia a que se refiere el art. 15 del citado Real Decreto-Ley 36/2020. Sin embargo, la elaboración de los pliegos tipo es una tarea que, en nuestra opinión, debe asumir la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado como parte de esa tarea de coordinación de la aplicación de los arts. 39 a 48 del Real Decreto Ley 36/2020 que se le encomienda. Es, por otra parte, el órgano al que se ha encomendado históricamente la «normalización» de pliegos de cláusulas administrativas particulares para la ejecución de otros fondos de inversión (26).

(22) Instrucción de 11 de marzo de 2011, 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.

(23) Informe 8/2021, de 11 de marzo.

(24) La dirección general competente en materia de contratación pública en el caso de Cataluña (La norma catalana (art. 16.3) habilita asimismo que las entidades locales puedan promover modelos de pliegos con los criterios establecidos el art. 16.1 a los efectos de facilitar, agilizar y simplificar la tramitación de los expedientes de contratación pública que eventualmente hayan de licitar); la Comisión Consultiva de Contratación Pública, en Andalucía, previo informe del Gabinete Jurídico (art. 25.1); o a un grupo de trabajo sectorial en Galicia (62.2) en el que —destacamos como nota diferenciadora respecto del resto de previsiones autonómicas— se garantiza la participación de la Federación Gallega de Municipios y Provincias (art. 63.3).

(25) Informe 8/2021, de 10 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

(26) Cfr. Disposición final primera del Real Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crean un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para

Recordemos que en esos pliegos-tipo, a través de los cuales se pretende homogeneizar y agilizar los procesos de contratación por parte de los diferentes centros gestores, se han de recoger «los criterios verdes, digitales, de innovación, de potenciación de pymes y de responsabilidad social que se consideren necesarios y estén amparados por la norma legal correspondiente». Sería, por tanto, un buen instrumento en el que «normalizar» también algunas de las cuestiones que hemos propuesto, tales como condiciones especiales de ejecución, régimen de penalidades, causas de resolución de contratos, etc...

Por otro lado, y a pesar del llamativo silencio del Real Decreto Ley 36/2020 sobre las funciones que ha de desempeñar la OIRESCON en relación con los contratos financiados con fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, dicho órgano ha publicado recientemente una «Guía básica Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia», que actualiza periódicamente. La OIRESCON, en ausencia de un mandato expreso, justifica su intervención «ante la complejidad de las actuaciones y la trascendencia de la correcta ejecución» del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia presentado por el Gobierno de España el 7 de octubre de 2020. Aunque, advertimos, el análisis que se realiza en el citado documento, no lo es en realidad del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, sino de las disposiciones del Real Decreto Ley 36/2020.

Los comentarios que formula la OIRESCON sobre las disposiciones en materia de contratación incluidos en el Real Decreto Ley 36/2020 y en la normativa autonómica «espejo» se complementan con un apartado de «Recomendaciones de la OIREscon en materia de contratación vinculada a la ejecución de Fondos europeos», que dudamos responda a las facultades que le son reconocidas en el art. 332.7 LCSP, sino que se insertan en la Guía a modo de «reflexión» o «comentario» (27). Como ya hemos indicado anteriormente, en primer lugar, la OIRESCON enfatiza la necesidad de reforzar el control afirmando que «... se hace preciso desde un primer momento el refuerzo de medidas que garanticen una correcta adecuación a derecho de las operaciones proyectadas y ejecutadas de modo que la flexibilización de algunos controles no provoque situaciones indeseadas. En este sentido, el gran volumen de fondos

la Dinamización de la Economía y el Empleo y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación, y disposición adicional quinta del Real Decreto-ley 13/2009, de 26 de octubre, por el que se crea el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local.

(27) En ejercicio de las funciones, la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación:... d) Podrá aprobar instrucciones fijando las pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de la contratación pública, así como *elaborar recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación, si de la supervisión desplegada se dedujese la conveniencia de solventar algún problema, obstáculo o circunstancia relevante a los efectos de dar satisfacción a los fines justificadores de la creación de la Oficina.* Las instrucciones y las recomendaciones serán objeto de publicación...

previsto y el escaso tiempo para su compromiso y ejecución provoca indudablemente una situación de riesgo». Sin embargo, y pese a tal declaración, la OIRESCON no incluye en su Guía ninguna propuesta o medida concreta de control que articular para aquilatar esa situación de riesgo. Aparte de lo anterior, la OIRESCON formula algunas recomendaciones relativas a la utilización de consultas preliminares o de valoración preponderante de criterios de adjudicación evaluables con fórmulas, como medida de agilización de los procedimientos.

En el plano de la ejecución de los contratos, como «herramientas de apoyo en la gestión de los Fondos» la OIRESCON se limita a señalar que «El refuerzo de la profesionalización en esta materia puede resultar fundamental para una adecuada gestión de los proyectos en todas sus fases. Igualmente, el refuerzo de la figura del responsable del contrato (apoyado por unidad técnica o entidad contratada al efecto) resultará imprescindible y especialmente necesario en actuaciones de complejidad». Unas recomendaciones ciertamente demasiado genéricas como para resultar útiles.

Aparte de las anteriores, y pensando en la posterior fase de justificación de los fondos invertidos, debe llamarse la atención sobre la conveniencia de articular un seguimiento «a tiempo real» de estos proyectos con utilización de auditoría de costes, como bien ha propuesto GIMENO FELLIÚ (2021.a, 108). Como indica dicho autor, para ello puede convenir la intervención de los Organismos de Control Externo, auditando la ejecución en tiempo real conforme a los parámetros y cronograma que para cada contrato se considere conveniente. Eso exigiría la adopción por dichos órganos de un nuevo rol, tal y como ha propuesto IGLESIAS REY (2020), enfocado a la gestión preventiva de riesgos, que se centre en la gestión sistemática del riesgo, incluyendo identificación, evaluación, tratamiento y seguimiento, para la medición del desempeño y detección de aquellas debilidades del sistema que necesitan de una nueva forma de ser tratadas. Desde luego, sería una buena medida a adoptar, muy en la línea de las consideraciones del Tribunal de Cuentas Europeo al informar sobre el proyecto de reglamento por el que se establecía el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, donde advertía la necesidad de articular medidas eficaces contra el fraude y las irregularidades para prevenir los riesgos derivados de la existencia de recursos adicionales importantes que deben gastarse en un plazo breve, como sucede con el citado Mecanismo.

III. BIBLIOGRAFÍA

BAÑO LEÓN, J.M. (2021) «La ejecución del Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia: ley especial coyuntural *versus* reforma general regulatoria», *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados* núm. 7 (2021)

- COLÁS TENAS J. (2021): «Los Gobiernos Locales intermedios en la gestión de los fondos europeos para la recuperación», en el monográfico sobre «Fondos Europeos para la Recuperación» de la revista *Cuadernos de Derecho Local* núm. 55, pp. 37-51.
- GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G. (2020): «El arbitraje en la ejecución de los contratos públicos», en J.M. GIMENO FELIÚ y C. DE GUERRERO MANSO, *Observatorio de los contratos públicos 2019*, Aranzadi, pp. 549-564.
- GIMENO FELIÚ J.M. (2019) *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*. Aranzadi: Cizur Menor (Navarra)
- (2021.a) «De las ideas a la acción en la gestión de los fondos europeos: reflexiones propositivas para el diseño de una adecuada gobernanza en su ejecución», en el monográfico sobre «Fondos Europeos para la Recuperación» de la revista *Cuadernos de Derecho Local* núm. 55, pp. 52-87.
 - (2021.b) «El desafío de fondos *Next generation* como elemento de transformación de la gestión pública», en BERNAL BLAY y NAVARRO MOLINES (DIRS.) *Fondos europeos para la Recuperación y Resiliencia: ejecución, control y auditoría*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública.
- HERNÁEZ SALGUERO, E. (2020) «Reflexiones sobre la nueva vuelta de tuerca a la compra pública derivada de las exigencias del programa Next Generation. Simplificación sí, pero no solo», publicado en la tribuna de opinión del Observatorio de Contratación pública (www.obcp.es) el 30.11.2020.
- IGLESIAS REY, P. (2020): «El proyecto del Real Decreto-Ley 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, no puede suponer una merma de los mecanismos de control », publicado en la tribuna de opinión del Observatorio de Contratación pública (www.obcp.es) el 27.11.2020.
- MAZZUCATO, M. (2021): *No desaprovechemos esta crisis*, Galaxia Guttemberg.
- MORENO MOLINA (2021): «La ejecución de los fondos de recuperación europeos. Medidas sobre contratación pública introducidas por el Real Decreto-Ley 36/2020», *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 119. Enero-Abril 2021, págs. 281-312.
- 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*, Madrid, Wolters Kluwer, 496 pp.
- PERNAS GARCÍA, J.J. (2021): «Comprar “rápido” y “estratégicamente” en la ejecución de los fondos *Next Generation*. Análisis, propuestas y valoración de las medidas estatales y autonómicas para la agilización de procedimientos de contratación pública y para la utilización estratégica de las compras

- públicas», en BERNAL BLAY y NAVARRO MOLINES (dirs.) *Fondos europeos para la Recuperación y Resiliencia: ejecución, control y auditoría*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública.
- RAZQUIN LIZARRAGA (2020), «La contratación pública post-alarma», publicado en la tribuna de opinión del Observatorio de Contratación pública (www.obcp.es) el 28.04.2020.
- SANMARTÍN MORA M.A. (2021) «Especialidades en materia de contratación para la eficacia y agilidad en la gestión de los fondos europeos» en CAMPOS ACUÑA C. (Dir.), *La gestión de los Fondos Next Generation*, Madrid, Wolters Kluwer, pp.375-404.