

# EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



## L'emergència i la urgència en la contractació pública

20-07-2020

El 21 de juny va finalitzar l'estat d'alarma decretat per primera vegada mitjançant el Reial decret 463/2020, de 14 de març, i prorrogat sis vegades per decisió del Ple del Congrés dels Diputats. D'altra banda, la suspensió dels termes i terminis administratius es va aixecar respecte dels procediments de contractació tramitats per mitjans electrònics mitjançant el Reial decret llei 17/2020, de 5 de maig, amb efectes el dia 7 de maig, i respecte de tots els procediments administratius mitjançant el Reial decret 537/2020, de 22 de maig, amb efectes l'1 de juny.

Els òrgans de contractació, per tant, ja han pogut reprendre la seva activitat contractual d'acord amb els procediments ordinaris establerts per la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP). A l'efecte de facilitar aquest retorn, la Direcció General de Contractació Pública va aprovar la [Instrucció 2/2020](#), sobre l'aixecament de suspensió de contractes, les modificacions, la represa de terminis i les noves contractacions com a conseqüència de la desescalada de les mesures derivades de la covid-19. L'aturada de l'activitat contractual del sector públic derivada de la situació d'emergència i de la suspensió de terminis ha portat en alguns casos a un retard en la tramitació dels contractes, i per això cal analitzar alguns dels mecanismes que la LCSP disposa per poder agilitar la tramitació de les contractacions.

Tramitació per urgència i tramitació per emergència

La LCSP regula la tramitació ordinària dels expedients de contractació en els articles 116-118. Així mateix, els procediments ordinaris de contractació de l'article 131 de la LCSP (obert i restringit), es regulen en els articles 156-165. No obstant això, en determinats supòsits la LCSP estableix el següent:

1. La possibilitat d'escurçar els terminis de tramitació de l'expedient i del procediment d'adjudicació: **tramitació urgent**.

La tramitació per urgència o tramitació urgent de l'expedient està regulada per l'article 119 de la LCSP respecte dels contractes que responen a una **necessitat inajornable** o respecte dels que cal agilitar-ne la tramitació per raons d'**interès públic**.

Amb la d'urgència dels expedients de contractació resten salvaguardades les garanties essencials dels procediments de contractació pública, ja que la reducció de terminis afecta majoritàriament els tràmits interns de preparació i aprovació de l'expedient de contractació. Únicament la reducció del termini de presentació de proposicions té un impacte en el principi de concurrència, si bé cal recordar que els terminis de la LCSP són en aquest punt mínims i, per tant, res no impedeix a l'òrgan de contractació d'establir-ne un de superior respecte de la presentació de proposicions. En aquest sentit es va pronunciar la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat en l'[Informe 3/2018](#):

“Així, aquest caràcter de mínims, juntament amb l'obligació establerta en els articles 143 del TRLCSP i 136 de la LCSP, amb caràcter general –per tant, també aplicable als supòsits de tramitació urgent de l'expedient–, d'establir un termini de presentació de les ofertes adequat i suficient tenint en compte el temps que raonablement pugui ser necessari per preparar-les, atesa la complexitat del contracte, comporta l'obligació en la tramitació urgent dels expedients d'establir terminis de presentació d'ofertes que, sent iguals o superiors als mínims reduïts fixats per la Llei, respectin el principi de concurrència, ponderat, en aquests casos, amb la urgència derivada de la raó d'interès públic o la necessitat inajornable concurrent.”

La reducció de terminis derivada de la tramitació per urgència es pot produir respecte dels contractes subjectes o no a regulació harmonitzada tramitats pel procediment obert (art. 156.3.b de la LCSP), restringit (art. 161.1 de la LCSP) o de licitació amb negociació (art. 14.1.b de la LCSP).

La tramitació per urgència requereix la incorporació a l'expedient de contractació d'una declaració expressa de l'òrgan de contractació de la urgència de la contractació, degudament motivada.

## 2. Contractar de manera directa per raons d'immediatesa i amb la motivació adequada: **tramitació per emergència.**

La tramitació per emergència està regulada en l'article 120 de la LCSP, i és la solució que la normativa bàsica ha adoptat per donar resposta a la insuficiència dels procediments habituals de contractació pública, excessivament lents per a adquisicions que responen a certes **necessitats immediates**. El procediment per emergència permet, en síntesi, no subjectar-se en part a la LCSP per a les compres necessàries per afrontar **fets catastròfics**, situacions de **greu perill** o necessitats que afectin la **defensa nacional**.

En relació amb la consideració de l'emergència, cal tenir en compte que no n'hi ha prou amb l'existència d'un fet d'importància excepcional del qual dimani la situació que les mesures en qüestió afronten, sinó que el que empara la normativa d'emergència és una actuació administrativa immediata, absolutament necessària per evitar o solucionar, en la mesura del que es pugui, el succés en qüestió.

Especificitats de la tramitació per urgència

La declaració com a urgent d'un expedient de contractació comporta:

- a) Que aquest expedient hagi de ser **tramitat de manera preferent** per tots els òrgans que hi intervenen (òrgan de contractació, serveis jurídics, intervenció, etc.).
- b) Una **reducció general dels terminis** dels quals disposen els òrgans que intervenen en la tramitació de l'expedient: 5 dies naturals per emetre els informes o formalitzar els tràmits corresponents, ampliables a 10 dies.

- c) La possibilitat d'establir un **termini inferior per presentar proposicions**.
- d) Una **reducció a la meitat de la resta de tràmits** relatius a la licitació, l'adjudicació i la formalització del contracte, amb excepcions (art. 119.2.b de la LCSP).
- e) El **termini d'inici de l'execució** del contracte no pot ser superior a un mes des de la formalització del contracte.

#### Especificitats de la tramitació per emergència

- a) La **justificació** de la utilització d'aquest procediment, ja que no és lliure per a l'òrgan de contractació, sinó que està sotmesa a la concurrència del supòsit legal habilitant; cal motivar adequadament la necessitat d'acudir a aquest procediment, de manera que s'acrediti que no s'ha fet un ús inadequat del procediment d'emergència.
- b) La **comunicació** al Consell de Ministres establerta per la LCSP pel que fa a l'Administració general de l'Estat, els seus organismes autònoms, les entitats gestores i els serveis comuns de la Seguretat Social o altres entitats públiques estatals en l'article 120.1.b de la LCSP, en el termini màxim de **30 dies**. Aquesta comunicació obligatòria és testimoni clar del caràcter excepcional de la contractació per emergència i constitueix un mitjà de control efectiu davant contractacions injustificades, malgrat que la declaració de l'emergència pròpiament dita sigui competència exclusiva de l'òrgan de contractació.

Si bé la LCSP no estableix expressament aquesta obligació de comunicació de les contractacions per emergència a l'òrgan més alt de l'administració de cada comunitat autònoma, en el cas de Catalunya s'aplica de manera supletòria l'article 120.1.b de la LCSP i, per tant, els òrgans de contractació de l'Administració de la Generalitat i el seu sector públic **estan obligats a comunicar al Govern** els contractes d'emergència tramitats en un termini màxim de 30 dies.

- c) La **publicitat dels actes d'adjudicació i formalització**: la LCSP no estableix cap especificitat respecte dels contractes tramitats per emergència pel que fa a la publicitat dels actes d'adjudicació i formalització, que cal fer a través del perfil del contractant allotjat a la Plataforma de Serveis de Contractació Pública, d'acord amb els articles 151.1 i 154.1 de la LCSP.

Tampoc no es disposa cap especificitat respecte de la publicació en els diaris oficials de la formalització dels contractes, de manera que si per raó del llinar es tracta d'un contracte subjecte a regulació harmonitzada, l'anunci de formalització s'haurà de publicar al *Diari Oficial de la Unió Europea* (art. 154 de la LCSP).

#### Límits a la contractació per emergència

- a) Ha de concórrer algun dels **supòsits que taxativament** estableix la LCSP, o no és suficient qualsevol altra circumstància que doni lloc a una situació d'urgència.
- b) Cal **justificar** que la situació no es pot resoldre amb la utilització d'**altres procediments menys restrictius** de la lliure concurrència (tramitació per urgència, negociat sense publicitat per urgència). D'aquesta manera es vol evitar un ús abusiu de la tramitació per emergència.
- c) Que l'emergència sigui apreciada per l'**òrgan de contractació**, qui s'ha de responsabilitzar de motivar la concurrència d'una circumstància excepcional i d'acreditar-ne l'existència.
- d) Que la tramitació es limiti **al que és estrictament indispensable** en l'àmbit objectiu i temporal per prevenir o solucionar els danys derivats d'aquella situació.
- e) Que la causa de l'emergència **no sigui imputable a l'òrgan de contractació mateix**, és a dir, que la situació d'emergència no hagi pogut ser evitada per l'òrgan de contractació mitjançant una actuació diligent.

#### Reflexió final sobre la contractació per emergència

La contractació per emergència no ha de ser necessàriament opaca; al marge de les determinacions legals que hem vist pel que fa a la transparència de l'adjudicació i la formalització dels contractes per emergència, la **transparència** també pot abastar la **fase d'execució** d'aquests contractes i, fins i tot, es podria **promoure certa concurrència** en la fase d'adjudicació.

Pel que fa a la fase d'execució dels contractes d'emergència, cal tenir en compte que no és suficient saber què es va comprar i a qui, sinó que també és important saber si el que es va comprar va ser lliurat i si els lliuraments van complir els terminis i els requeriments de qualitat requerits. De fet, aquesta hauria de ser una informació accessible a tots els ciutadans respecte de tots els contractes públics, si bé, en relació amb contractes com els d'emergència, encara és més necessària com a mecanisme de transparència i control de la **utilització eficient dels fons públics**.

Pel que fa a la **concurrència**, és cert que la normativa bàsica no exigeix la prèvia publicitat de la contractació d'emergència, ni la petició d'ofertes. No obstant això, les directives europees de contractació pública no inclouen la figura del contracte per emergència, sinó que en aquests supòsits i amb caràcter excepcional disposen el procediment negociat sense publicitat per motius d'urgència, negociant directament amb els contractistes potencials. Així mateix, la **tramitació electrònica** dels contractes públics també hauria de permetre agilitar la tramitació de les contractacions en situacions en les quals es requereix una actuació immediata per part del sector públic, sense minva dels principis de publicitat i competència; així, es podria donar transparència a aquestes licitacions per emergència i promoure una certa concurrència, mitjançant la publicació a la Plataforma de Serveis de Contractació Pública, i atorgar un termini encara que fos molt breu a les empreses interessades a presentar les seves ofertes.

Cal insistir que la transparència no requereix una habilitació legal prèvia, només requereix una activitat proactiva per part del sector públic. Per tal de donar més transparència a la contractació per emergència relativa a la pandèmia de la covid-19, la Direcció General de Contractació Pública va posar en funcionament en el Portal de Contractació Pública de la Generalitat de Catalunya [un visor](#) amb la informació sobre els contractes d'emergència de la Generalitat de Catalunya i el seu sector públic en relació amb aquesta pandèmia.

Algunes consideracions sobre el procediment negociat sense publicitat per imperiosa urgència La Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública, parteix de la base que la negociació en els procediments pot donar als poders adjudicadors més flexibilitat per obtenir de la contractació resultats que satisfacin millor les seves necessitats. Per això, admet la utilització del procediment amb negociació per a l'adjudicació dels contractes, però amb més flexibilitat quan és objecte de publicitat i limitant els supòsits en què es pot utilitzar sense publicitat prèvia d'anunci de licitació.

Els supòsits en què és procedent la utilització del procediment negociat sense publicitat a les directives són supòsits taxats, sense que hi càpiga l'aplicació analògica. En conseqüència, els estats membres no poden establir supòsits de recurs al procediment negociat sense publicitat que no estiguin establerts en les directives comunitàries ni dotar els supòsits expressament establerts per dites directives de condicions noves que tinguin per efecte facilitar el recurs a aquest procediment.

La Directiva 2014/24/UE insisteix en el caràcter excepcional d'aquest procediment, en disposar que, per raó dels efectes perjudicials sobre la competència, els procediments negociats sense publicació prèvia d'anunci de licitació s'han d'utilitzar únicament en circumstàncies molt excepcionals. Per aquest motiu, les excepcions s'han de limitar als supòsits en els quals la publicació no sigui possible, bé per raons d'extrema urgència provocada per fets imprevisibles i no imputables al poder adjudicador, bé quan estigui clar des del principi que la publicació no generaria més competència o millors resultats de contractació, per exemple perquè objectivament només hi hagi un operador econòmic que pugui executar el contracte. En qualsevol cas, no es tracta d'un procediment de transposició obligatòria i, per tant, els estats membre no l'han d'incorporar necessàriament als seus ordenaments jurídics interns.

El procediment negociat sense publicitat constitueix una excepció a les normes generals de contractació pública i limita els principis bàsics de competència i publicitat, la qual cosa obliga els poders adjudicadors a haver de **justificar adequadament l'elecció** d'aquest procediment. La magnitud de la lesió als principis de contractació pública que comporta la utilització d'aquest procediment ha de ser proporcionada a l'interès públic que es vol atendre i no es pot estendre l'excepcionalitat més enllà del que sigui estrictament necessari per salvaguardar aquest interès.

La LCSP, com no podia ser d'una altra manera, també atribueix al procediment negociat sense publicitat prèvia **caràcter excepcional**; només és procedent quan concorren les **causes taxades** establertes en la llei, que són d'**interpretació estricta** i s'han de **justificar** adequadament a l'expedient.

La LCSP regula els procediments negociats en els articles 166-171. Concretament, l'article 168 de la LCSP estableix els supòsits en els quals es poden adjudicar contractes utilitzant el procediment negociat sense publicitat prèvia i, respecte dels contractes d'obres, serveis i subministraments el disposa, entre d'altres supòsits, per raons d'**imperiosa urgència** resultant d'**esdeveniments imprevisibles** per a l'òrgan de contractació, **que no li siguin imputables**, i que exigeixin una **ràpida execució** del contracte que no es pugui aconseguir mitjançant l'aplicació de la tramitació d'urgència regulada en l'article 119 de la LCSP.

#### Consideracions finals

Tant la tramitació per emergència, com el procediment negociat sense publicitat per raons d'urgència són solucions excepcionals que ofereix el nostre ordenament jurídic. El mecanisme ordinari per accelerar la tramitació dels procediments de contractació és el procediment d'urgència establert en l'article 119 de la LCSP.

La LCSP regula la contractació per emergència, però només la disposa per als supòsits en els quals el sector públic ha d'actuar de manera immediata a causa d'esdeveniments catastròfics, de situacions que suposin greu perill o de necessitats que afectin la defensa nacional. Per contra, el dret europeu recull, com a solució o règim excepcional per al cas de contractacions d'aquestes característiques, el procediment negociat sense publicitat basat en l'existència d'una urgència imperiosa.

La LCSP també ha incorporat el procediment negociat sense publicitat per raó d'urgència, però el subjecta pràcticament als mateixos tràmits que els procediments ordinaris, amb excepció de la fase de licitació, que se substitueix per la negociació i, per tant, no respon a la configuració que en fa la Directiva comunitària, que pretén que sigui un mecanisme àgil per resoldre amb una certa immediatesa les necessitats del sector públic davant situacions excepcionals.



## **Rosa Maldonado Camats**

Responsable jurídica de regulació i assessorament en contractació de la Direcció General de Contractació Pública, Departament d'Economia i Hisenda