

EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



Procediment negociat sense publicitat per imperiosa urgència

04-07-2022

L'article 28 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), sobre la necessitat i la idoneïtat del contracte, estableix que els òrgans de contractació no poden subscriure altres contractes que els que siguin necessaris per complir i dur a terme els seus fins i que correspon a l'òrgan de contractació definir les necessitats que s'han de satisfer i determinar les característiques dels productes que s'han de subministrar, dels serveis que s'han de prestar o de les obres que s'han d'efectuar, de manera que s'aconsegueix certa **discrecionalitat**. Tot i així, els òrgans administratius de resolució dels recursos especials en matèria de contractació pública recorden que aquesta discrecionalitat no és absoluta, sinó que les prerrogatives de l'Administració pública, que tradicionalment han girat al voltant de l'interès general, actualment s'han de conjuminar també amb el respecte i el compliment dels **principis d'igualtat, de lliure concurrència, de no discriminació i de transparència**.

L'article 32.2.c de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer, sobre contractació pública estableix que els òrgans de contractació puguin adjudicar contractes mitjançant el **procediment negociat sense publicitat prèvia** quan, **per raons d'urgència imperiosa** resultant de fets que el poder adjudicador no hagi pogut preveure, sigui necessària una contractació i no es puguin respectar els terminis dels procediments oberts, restringits o de licitació amb negociació.

En el considerant 50 de la Directiva 2014/24/UE s'insisteix en l'excepcionalitat del procediment negociat sense publicitat i en els supòsits que motivarien utilitzar-lo atesos els efectes perjudicials que pot generar en la competència. Els procediments negociats sense publicació prèvia d'un anunci de licitació s'han d'utilitzar únicament en **circumstàncies molt excepcionals**. Les excepcions s'han de limitar als casos en què la publicació no sigui possible, bé per raons d'extrema urgència provocada per esdeveniments 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.

Referent a això, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea ha identificat tres requisits acumulatius que cal que concorrin en el cas del procediment negociat sense publicitat per raó d'urgència: l'existència d'un **imprevist**; l'existència d'una **urgència extrema** incompatible amb els terminis exigits per altres procediments, i, en darrer lloc, l'existència d'un **nexe causal** entre l'imprevist i la urgència imperativa que se'n deriva (Sentència TJUE, de 15 d'octubre de 2008, assumpte C-275/08).

L'article 168 de la LCSP, sobre els supòsits d'aplicació del procediment negociat sense publicitat, estableix que els òrgans de contractació poden adjudicar contractes d'obres, de subministraments i de serveis utilitzant el procediment negociat sense la publicació prèvia d'un anunci de licitació quan, entre altres supòsits, una urgència imperiosa resultant d'esdeveniments imprevisibles per a l'òrgan de contractació i no imputables a aquest, demani una execució ràpida del contracte que no es pugui aconseguir mitjançant l'aplicació de la tramitació d'urgència que regula l'article 119 de la LCSP.

El procediment negociat sense publicitat comporta una **limitació als principis de publicitat i concurrència**. Per aquest motiu, s'ha d'entendre que:

- Té caràcter **excepcional** o extraordinari, a diferència dels procediments ordinaris d'adjudicació dels contractes, que són l'obert i el restringit.
- Només resulta procedent quan concorren les **causes taxades** establertes a la LCSP.
- Les causes taxades són d'**interpretació estricta**. En aquest sentit, la Junta Consultiva de Contractació Pública de Catalunya (JCCP), en l'[Informe 2/2016](#), recorda que l'adjudicació dels contractes s'ha de dur a terme, ordinàriament, utilitzant el procediment obert o restringit, de manera que el procediment negociat sense publicitat és un procediment de caràcter excepcional que únicament es pot utilitzar en els supòsits enumerats taxativament, els quals han de ser objecte d'interpretació restrictiva.
- Les causes s'han de **justificar i acreditar** degudament en l'expedient de manera rigorosa. Aquesta justificació fonamental és la [Resolució OARC 83/19, de 26 d'abril](#).
- A més, la magnitud de la lesió dels principis de contractació pública que representa el procediment negociat sense publicitat, que la llei només permet en casos taxats, ha de ser proporcionada a l'**interès públic** que es vol atendre i no s'ha d'estendre l'excepcionalitat més enllà del que sigui estrictament necessari per salvaguardar aquest interès.

Perquè es doni aquesta causa habilitant del procediment negociat sense publicitat prèvia, la doctrina assenyala un conjunt de **requisits acumulatius**, que han de quedar **justificats i acreditats** a l'expedient. Són els següents:

a) **Fets imprevisibles**: la imperiosa urgència ha de ser conseqüència de l'existència d'esdeveniments que l'òrgan de contractació no ha pogut preveure. És interessant recordar el que estableixen les consideracions de la Directiva 2014/24/UE, pel que fa al concepte de circumstàncies imprevisibles, que fan referència a les circumstàncies que no es podrien haver previst encara que el poder adjudicador hagués preparat **amb raonable diligència** l'adjudicació inicial, tenint en compte els mitjans que té a la seva disposició, la naturalesa i les característiques del projecte concret, les bones pràctiques en l'àmbit del qual es tracti i la necessitat de garantir una relació adequada entre els recursos utilitzats en la preparació de l'adjudicació i el seu valor previsible.

A més, cal recordar que aquest fet de no preveure els fets **no pot ser imputable** a l'òrgan de contractació.

b) **Urgència imperiosa** o extrema, no qualsevol urgència ordinària, i que requereixi una actuació **immediata**.

A més, aquesta urgència imperiosa ha de ser **incompatible** amb el ventall de procediments existents en l'ordenament jurídic. És a dir, la utilització d'aquest procediment ha de respondre a la necessitat real d'haver de donar una resposta de manera immediata, que no es pugui aconseguir mitjançant el procediment d'urgència ordinari de l'article 119 de la LCSP. Aquest requisit exigeix que l'òrgan de contractació analitzi i justifiqui per què la resta de procediments establerts a la LCSP, incloent-hi la tramitació urgent, no són adequats per qüestions temporals.

c) En darrer lloc, i sempre que es donin els requeriments anteriors, hi ha d'haver un **nexe causal** entre els fets imprevisibles i la urgència imperativa que se'n deriva.

Per tant, s'ha de justificar i acreditar que concorren els tres requisits per evidenciar que la satisfacció de l'interès públic no es podia satisfer per cap altre mitjà menys lesiu pels principis d'igualtat, publicitat i concurrència ([Resolució del TCCSP 136/2021, de 5 de maig de 2021](#)).

En darrer lloc, cal tenir en compte que, d'acord amb els articles 170 en relació amb l'article 169 de la LCSP, aquesta causa habilitant del procediment negociat sense publicitat **no exclou la fase d'invitació a diversos operadors econòmics** i que, per tant, s'ha de donar la deguda concurrència a altres operadors econòmics i deixar-ne constància a l'expedient.

En la Resolució 136/2021, de 5 de maig de 2021, el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (TCCSP), partint del prisma extremadament restrictiu amb què tant la Directiva 214/24/UE com la LCSP regulen aquest supòsit del procediment negociat sense publicitat, considera insuficients els motius al·legats per l'òrgan de contractació. El TCCSP entén que les dificultats de l'òrgan de contractació per preparar la licitació, malgrat ser conseqüència, entre d'altres, de les restriccions derivades de la pandèmia de la covid-19 i la sobrecàrrega de tasques com a conseqüència de l'atribució de noves competències, no són suficients per justificar la imprevisibilitat. Així mateix, per l'objecte del contracte, tampoc va considerar que en aquell cas es donés el requisit de la immediatesa que reclama aquest procediment. I conclou que, en no concórrer aquests dos requisits, no cal analitzar-ne el tercer, que és el del nexe causal entre ambdós requisits, i que les dificultats de l'òrgan de contractació derivades de la manca de planificació i de la sobrecàrrega de tasques no es poden considerar motius de veritable urgència extrema a l'empara de l'article 168.b.1 de la LCSP.



Rosa Maldonado Camats

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