

# Los contratos de emergencia a la vista de las orientaciones de la Comisión sobre la contratación pública en la crisis del COVID-19

**Irene Fernández Puyol**

Socia de Gómez-Acebo & Pombo

**Blanca Lozano Cutanda**

Catedrática de Derecho Administrativo  
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

---

*Se contrastan las recomendaciones de la Comisión sobre las opciones de la contratación pública europea para hacer frente a la crisis sanitaria con la contratación de emergencia adoptada en España.*

## **1. Las orientaciones de la Unión europea sobre la contratación pública en la situación de emergencia relacionada con el COVID-19**

En el Diario Oficial de la Unión Europea de 1 de abril de 2020, se publicó la Comunicación de la Comisión «Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del COVID-19».

En esta Comunicación se ofrece una guía explicativa de las opciones que ofrece el marco de contratación pública de la Unión Europea para la adquisición de suministros, servicios y obras necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria. Se trata, como dice la Comunicación, de una «crisis sanitaria que exige soluciones rápidas e inteligentes y agilidad para hacer frente a un

enorme aumento de la demanda de bienes y servicios de tipo similar, al mismo tiempo que algunas cadenas de suministro se ven perturbadas».

A nivel europeo, afirma la Comunicación, la Comisión, junto con los Estados miembros, ya ha intensificado sus esfuerzos poniendo en marcha acciones de adquisición conjunta de material sanitario.

Pero esta Comunicación se centra en los contratos que adjudiquen los Estados miembros por necesidades de la epidemia, y pretende explicar qué opciones ofrece a los poderes adjudicadores el derecho comunitario para adquirir con suma rapidez suministros y servicios de primera necesidad y, en caso necesario, también infraestructuras adicionales.

La Comunicación parte del principio de que las normas europeas de contratación pública proporcionan todas las herramientas necesarias para satisfacer esas necesidades, a tenor de lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE (en lo sucesivo, la Directiva).

En primer lugar, señala, en caso de urgencia los compradores públicos pueden recurrir a las posibilidades de reducir sustancialmente los plazos para acelerar los procedimientos abiertos o restringidos.

Ahora bien, en casos de extrema urgencia, la Comisión indica que la Directiva permite que los compradores públicos adquieran suministros y servicios en el plazo más breve posible mediante el procedimiento negociado sin publicación, regulado en el artículo 32 de la Directiva.

Este precepto permite «adjudicar contratos públicos mediante un procedimiento negociado sin publicación previa», cuando las obras, los suministros o los servicios solo pueden ser proporcionados por un operador económico concreto «en la medida en que sea estrictamente necesario por razones de urgencia imperiosa resultante de hechos que el poder adjudicador no haya podido prever, no puedan respetarse los plazos de los procedimientos abiertos, restringidos o de licitación con negociación; las circunstancias alegadas para justificar la urgencia imperiosa no deberán en ningún caso ser imputables a los poderes adjudicadores».

En este procedimiento, como explica la Comunicación, «los compradores públicos pueden negociar directamente con los posibles contratistas y no hay exigencia de publicación, plazos, número mínimo de candidatos que deben ser consultados ni ningún otro requisito de procedimiento. No hay ninguna norma de procedimiento regulada a nivel de la UE. En la práctica, esto significa que las autoridades pueden actuar con toda la rapidez que sea técnica y físicamente posible, y el procedimiento puede constituir una **adjudicación directa de facto** sujeta únicamente a limitaciones físicas o técnicas relacionadas con la disponibilidad real y la velocidad de entrega».

## **2. La tramitación de emergencia por la que ha optado el Estado español**

El Real Decreto-ley 7/2020, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, declaró que a «todos los contratos que celebre Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de Derecho público para hacer frente a la epidemia, les resultará de aplicación la tramitación de emergencia».

De esta forma, el Estado español ha optado por esta tramitación de emergencia, regulada en el artículo 120 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP), para adquirir los bienes y suministros necesarios para hacer frente al COVID y, en su caso, para las infraestructuras adicionales.

Esta opción se explica porque la tramitación de emergencia prevista en este precepto es el procedimiento más similar al procedimiento negociado sin publicación del artículo 32 de la Directiva. Así, si bien la LCSP prevé la posibilidad de acudir al procedimiento negociado sin publicidad en aquellos casos en los que «una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia» (art. 168), se establecen unos plazos y condiciones que no cumplen, ni mucho menos, con la necesidad de «actuar con toda la rapidez que sea técnica y físicamente posible».

La tramitación de emergencia de los contratos está prevista para aquellos casos en los que «la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional». En esta forma de contratación, al igual que en el procedimiento negociado sin publicidad de la Directiva, se permite a la Administración la adjudicación directa sin publicidad y sin obligación de tramitar expediente de contratación. Hasta tal punto se relajan los requisitos procedimentales que la LCSP permite de que los contratos pueden llegar a celebrarse, si así fuera necesario, de forma verbal (art. 37.1 LCSP).

Ninguna duda ofrece que la epidemia es un suceso catastrófico o situación que supone un grave peligro y que exige actuaciones inmediatas para combatirla. Como señala la Comunicación de la Comisión Europea, «no puede dudarse de que las necesidades inmediatas de los hospitales y centros sanitarios (en términos de suministros, servicios y obras públicas) tienen que cubrirse con toda la rapidez posible».

### **3. ¿Es necesario justificar en cada caso la concurrencia de la situación de emergencia?**

La Comunicación de la Comisión indica que los poderes adjudicadores «deberán justificar su elección en un informe individual», en el que se motive si la extrema urgencia «impide respetar incluso los muy breves plazos del procedimiento acelerado abierto o restringido (15 y 10 días, respectivamente, para presentar las ofertas)».

A la vista de esta recomendación (no olvidemos que estamos ante un instrumento de *soft law*), ofrece dudas la declaración que hace el Real Decreto-ley 7/2020 de que «todos los contratos» que celebren los poderes adjudicadores para hacer frente a la epidemia cumplirán este requisito, pues no necesariamente tiene que concurrir siempre y en todo caso una situación de extrema urgencia que impida acudir a los procedimientos ordinarios, incluidos los procedimientos acelerados.

Parece, por ello, más respetuosa con el Derecho europeo de contratos la dicción del artículo 9 del Decreto-ley 3/2020, de la Junta de Andalucía, en virtud del cual «podrán tener la consideración de contratos de emergencia cumpliendo los requisitos del artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público», los contratos que se celebren para la adopción de cualquier tipo de medida directa o indirecta para hacer frente al COVID-19.

El resto de decretos-leyes autonómicos adoptados para hacer frente a la crisis sanitaria reiteran, sin embargo, los términos del Real Decreto-ley 7/2020, e incluso precisan que «la adopción de cualquier tipo de medida o actuación por parte de los órganos de la Administración» para hacer frente directa o indirectamente a los efectos del COVID-19 *«justificará la necesidad de actuar de manera inmediata»* (art. 1 del Decreto-ley 4/2020, de las Illes Balears, art. 15 del Decreto-ley 1/2020, de la Comunidad Foral de Navarra y art. 15.1 del Decreto-ley 7/2020, de la Generalitat de Catalunya).

En realidad, como reconoce la propia Comunicación, en los contratos celebrados para luchar contra la epidemia la extrema urgencia concurrirá «casi siempre, al menos por lo que respecta al enorme aumento de las necesidades a corto plazo a medida que sube la curva de infección». Además, hay que tener en cuenta que la propia regulación de la tramitación de emergencia incorpora en nuestro Derecho la exigencia, declarada por el Tribunal de Justicia, de que, si se invoca la extrema urgencia, la necesidad de contratación ha de satisfacerse inmediatamente (STJUE de 20 de junio de 2013, asunto C-352/12). Ello es así porque, conforme al artículo 120 de la LCSP, «el plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo previsto en la letra a). Si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario».

Por ello, parece que basta con que se indique que el contrato se dirige, por razón de su objeto, a hacer frente directa o indirectamente a los efectos del COVID-19, mediante una explicación sucinta de las necesidades que se pretenden cubrir y de la idoneidad del contrato para atenderlas, para que se considere cumplida la justificación de esta forma excepcional de contratación. Así se hará constar en la dación de cuentas del contrato, que, para los celebrados por la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas estatales, se hará al Consejo de Ministros en el plazo máximo de treinta días. Este precepto no tiene carácter de básico, por lo que las normas autonómicas aplicables podrán adoptar su propia solución organizativa.

Más exigente se muestra, sin embargo, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado que, en su nota informativa sobre «la tramitación de emergencia de los contratos por los que se instrumentan medidas de lucha contra el COVID-1», considera que entre la información que se eleve al Consejo de Ministros debería dejarse constancia, junto a las condiciones esenciales del contrato e identidad del adjudicatario, al menos de:

- (i) «la apreciación por el órgano de contratación de la *conurrencia del supuesto habilitante para la utilización en el correspondiente contrato de la tramitación de emergencia*, más allá de la declaración genérica del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020. A dicho fin, procedería describir el completo conjunto de hechos que lo ha causado y razonar suficientemente por qué se incardinan dentro de la causa legal»;
- (ii) «la exposición razonada de los motivos por los cuales *no es posible resolver la situación mediante otros procedimientos menos restrictivos, como la tramitación urgente del expediente o el procedimiento negociado sin publicidad por razón de imperiosa urgencia*», y

- (iii) «la explicación razonada de que la actividad contratada se limita a lo *estrictamente indispensable para prevenir y remediar los daños derivados de la situación de emergencia* y de que no se prolongará fuera de tal situación, deslindándola adecuadamente, en su caso, de otras actuaciones necesarias para completar la actuación acometida pero que no tengan carácter de emergencia, las cuales habrán de ser contratadas con arreglo a la tramitación ordinaria.»

Cabe preguntarse, por último, qué ocurriría si se aprovechara esta situación para adjudicar mediante la adjudicación directa que permite esta tramitación de emergencia algún contrato que no vaya directa o indirectamente dirigido a luchar contra la epidemia. La respuesta es sencilla: no estaría cubierto por la previsión contenida en el artículo 120 LCSP e infringiría, por ende, las previsiones de esta ley sobre la adjudicación de los contratos públicos, pudiendo ser declarado nulo de pleno derecho por haber prescindido del procedimiento legalmente establecido.