

INSTRUCCIÓN DE 11 DE MARZO DE 2021 DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO 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.

Clasificación del informe: 32. Recomendaciones, acuerdos y circulares.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, conforme señala el artículo 57 del 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, tiene competencia para resolver las dudas que se puedan plantear sobre la interpretación de las normas sobre contratación pública del citado Real Decreto-ley. Esta norma también habilita a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 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, las cuales serán obligatorias para todos los órganos de contratación del sector público estatal.

En el ejercicio de esta función, este órgano colegiado ha considerado oportuno adoptar una instrucción 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, lo que resulta pertinente como consecuencia de las diversas dudas interpretativas y de los problemas que se han manifestado sobre esta cuestión.

La presente Instrucción cuenta, de acuerdo con su propia naturaleza, con el carácter de vinculante para todos los órganos de contratación del

sector público estatal. Sin perjuicio de ello, se aprueba con el ánimo de incrementar la seguridad jurídica y de que, en beneficio de todos, sirva de guía para una aplicación uniforme por parte de todos los órganos de contratación de los aspectos en ella incluidos.

Por todo lo expuesto, y a efectos de recoger y dar difusión al criterio interpretativo de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en la materia citada, se aprueba la siguiente Instrucción en la sesión de su Comisión Permanente de 11 de marzo de 2021.

INSTRUCCIÓN

1. La tramitación de urgencia en los procedimientos de selección del contratista que se sigan en los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

La exposición de motivos del 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 nos recuerda que el Consejo Europeo del 21 de julio de 2020 acordó que la Unión Europea enfrentase mediante medidas concretas el esfuerzo sin precedentes necesario para impulsar, ante la gravísima situación sanitaria, social y económica causada por la pandemia originada por el COVID-19, la convergencia, la resiliencia y la transformación en la Unión Europea.

Tales medidas se concretan en el denominado Instrumento Europeo de Recuperación («*Next Generation EU*») que, bajo determinadas condiciones, implicará para España una notable inyección de fondos en forma de transferencias y préstamos para el periodo 2021-2026.

Es evidente que una de las fórmulas de mayor impacto a través de la cual las entidades públicas beneficiarias de los fondos europeos van a poder hacer efectivas las actividades financiadas con aquellos es la de los contratos públicos. Ante esta circunstancia, no es de extrañar que haya sido necesario regular ciertos aspectos relacionados con la licitación de los contratos financiados de este modo, especialmente con el fin de aplicar ágilmente los fondos europeos. Tal regulación se contiene en el Real Decreto-Ley antes mencionado, especialmente en su artículo 50, precepto básico conforme a la disposición final primera del Real Decreto-Ley cuya interpretación se considera conveniente aclarar y precisar por parte de la Junta Consultiva en lo que se refiere a los aspectos puramente adjetivos y procedimentales y también a la razón de fondo del precepto.

2. La justificación de la medida adoptada.

La grave situación ocasionada por el COVID-19 ha tenido un significativo impacto económico en España, al igual que en otros países de nuestro entorno. Esta coyuntura es, sin duda, excepcional en muchos aspectos y, por esta razón, es lógico que las medidas que se hayan de adoptar por los Estados revistan una pátina de prioridad y celeridad que obliga a establecer ciertas normas específicas para instrumentarlas.

En los contratos públicos tales medidas han tenido una notabilísima incidencia en diferentes normas en los aspectos más cercanos al combate contra la pandemia y esta Junta Consultiva ha tenido la ocasión de pronunciarse en múltiples ocasiones sobre ellas en el último año.

La recuperación económica se torna en este momento en una necesidad de gran trascendencia. Dicha recuperación debe ser prioritaria y lo más rápida posible, razón por la cual la contratación pública no debe quedarse atrás en la adaptación de su regulación a los principios de prioridad y celeridad, al tratarse de un mecanismo de gran trascendencia

para la ejecución de las medidas que se juzguen oportunas en el proceso de relanzamiento de la economía en todos sus aspectos.

La citada adaptación normativa responde, por tanto, a una situación especial, situación que admite que el legislador pueda perfilar una regulación que facilite en lo posible la tramitación rápida y eficaz de los contratos públicos financiados con el Fondo. No otra es la opinión que el propio legislador manifiesta en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 36/2020 (epígrafe XII) donde alude a las especialidades en materia de contratación administrativa (ubicadas en el Capítulo III del Título IV) cuando indica que *“se dispone que a todos los contratos financiados con los Fondos percibidos por el Reino de España en el marco del plan de recuperación les sea de aplicación el régimen excepcional de tramitación urgente, con la consiguiente reducción de plazos y agilización del procedimiento.”* No obstante, esta exposición sin valor normativo debe ser interpretada con arreglo a lo previsto en el articulado, en el cual el legislador, lejos de establecer una habilitación *ex lege* para utilizar la tramitación de urgencia en relación con todos los contratos financiados con los fondos procedentes del “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia”, introduce unas condiciones muy precisas cuya interpretación es objeto de esta Instrucción.

En efecto, la norma objeto de esta Instrucción (artículo 50.1) señala lo siguiente:

“Al licitar los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, los órganos de contratación deberán examinar si la situación de urgencia impide la tramitación ordinaria de los procedimientos de licitación, procediendo aplicar la tramitación urgente del expediente prevista en el artículo 119 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.”

La norma precisa la necesidad de que el órgano de contratación analice si existe una característica y significativa situación de urgencia respecto del contrato público en cuestión y si esta situación impide de facto la

tramitación ordinaria del procedimiento por la vía común. Hay que aclarar que la imposibilidad a la que alude la norma se refiere también a que la tramitación sujeta a los plazos ordinarios haga estéril la celebración del contrato. Este examen debe realizarse por el órgano de contratación en cada uno de los procedimientos que se vayan a financiar con los Fondos a que venimos aludiendo.

La imposibilidad de declarar *ex lege* la aplicación de la tramitación de urgencia a todos los contratos financiados con los fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia es consecuencia de la normativa comunitaria sobre la materia, la cual actúa como parámetro a los efectos de valorar la correcta aplicación de los fondos concedidos a cada Estado miembro. En efecto, con ocasión de las dudas surgidas a los Estados miembros acerca de esta cuestión, la Comisión Europea emitió el 19 de noviembre de 2020 una nota aclaratoria denominada “*Projects financed from recovery funds: shortening of time limits in public procurement procedures*.”¹ En esta nota la Comisión nos recuerda que, conforme a las Directivas en materia de contratación pública, existen dos posibilidades para tramitar los contratos públicos sujetos a una situación de urgencia:

- Aquellos que obedecen a una situación de extrema urgencia, en los que los plazos y aun los requisitos procedimentales no pueden ser cumplidos. Esta situación debe responder a circunstancias imprevisibles y no atribuibles a la responsabilidad de órgano de contratación. Es lo que en nuestro derecho se conoce como tramitación de emergencia (artículo 120 LCSP), que se empleó con éxito para hacer frente a la pandemia en los aspectos sanitarios más urgentes propiamente dichos; y también se concreta en el procedimiento negociado sin publicidad por razón de imperiosa urgencia (artículo 168.b) 1º LCSP).

¹ Proyectos financiados con los Fondos de Recuperación: Acortamiento de los plazos en los procedimientos de los contratos públicos.

- Aquellos en los que procede la tramitación de un procedimiento acelerado cuando exista una situación de urgencia, que convierta a los plazos ordinarios en impracticables y que sea debidamente justificada en el anuncio de licitación. Esta figura responde con precisión a lo que en nuestra tradición jurídica se conoce como tramitación de urgencia y que actualmente se regula en el artículo 119 de la LCSP.

Centrándose en esta última figura, la Comisión recuerda que, aunque la necesidad de actuar y ejecutar con rapidez los contratos financiados por el fondo puede ser entendida como una situación de urgencia, y aunque esta presunción puede aplicarse a estos contratos, las Directivas solo autorizan el uso del procedimiento acelerado como una excepción. Ello impide que se puedan fijar normativamente plazos acortados a todos los contratos públicos, estén o no relacionados con los fondos de que tratamos. Aunque pueda justificarse una urgencia general en la necesidad de actuar con rapidez en la recuperación económica, la Comisión considera que el recurso a la tramitación de urgencia únicamente cabe en los casos en que los plazos ordinarios sean realmente impracticables para tramitar el procedimiento, y todo ello amparándose en la eventual merma de la competencia que ello puede suponer, especialmente en el caso de las pequeñas y medianas empresas, en el obligado respeto de los principios de concurrencia, transparencia, igualdad de trato y no discriminación y en la necesidad de salvaguardar los acuerdos de la UE en materia de gobernanza en la contratación pública.

En resumen, el criterio de la Comisión Europea se puede explicar en tres ideas:

- La aplicación de la tramitación de urgencia se configura como excepcional, y no cabe de forma generalizada o automática. Por ello es menester que el órgano de contratación valore, caso por caso, las circunstancias que podrían exigir una tramitación más rápida frente a los riesgos de limitar la competencia o infringir los

principios básicos del Tratado, dados los eventuales efectos perjudiciales sobre la competencia de la reducción de plazos

- Resulta necesario justificar la situación de urgencia por parte de la entidad contratante, de modo que solo cabe aplicar la tramitación de urgencia en los casos en los que los plazos establecidos sean realmente impracticables, debiéndose dejar constancia de la justificación en el expediente y publicar tal circunstancia en el anuncio de licitación del contrato.
- En todo caso es imprescindible respetar las exigencias de los principios de no discriminación, igualdad de trato y proporcionalidad, intentando alcanzar el mayor grado de transparencia posible.

Consecuentemente, los órganos de contratación han de incluir una adecuada justificación, caso por caso, de la situación de urgencia en el anuncio del contrato.

La solución adoptada por el legislador interno es respetuosa con esta orientación no normativa de la Comisión Europea y, en definitiva, no resulta muy diferente, en términos generales, de la contenida en el artículo 119 de la LCSP, precepto al que remite la norma que venimos comentando, y que señala lo siguiente:

“1. Podrán ser objeto de tramitación urgente los expedientes correspondientes a los contratos cuya celebración responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público. A tales efectos el expediente deberá contener la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación, debidamente motivada.”

Es común en ambos preceptos la necesidad de justificar la existencia de una situación de urgencia, justificación que para la aplicación del artículo 119 exige una necesidad inaplazable o que razones de interés público la exijan, y que en la norma comunitaria se concreta en que los plazos ordinarios sean realmente impracticables para tramitar el

procedimiento. Por tanto, el artículo 50 del 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 semejante al artículo 119 de la LCSP respecto de la necesidad de justificación previa y prevé su aplicación cuando se cumpla la condición de que la situación de urgencia impida la tramitación ordinaria del procedimiento de licitación y, por tanto, exige una declaración de urgencia que debe estar debidamente motivada, incluyendo un análisis sobre la circunstancia anterior.

Finalmente, en este punto cabe añadir que la DA 3ª del RD-Ley 36/2020 señala que:

“Las especialidades previstas en el Capítulo III del Título IV del presente real decreto-ley serán aplicables, en todo aquello que resulte compatible con su naturaleza y régimen jurídico, a los contratos incluidos en el ámbito de aplicación del Libro Primero del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.”

3. Forma de realizar la declaración de urgencia y su justificación.

En los supuestos de aplicación de plazos más breves en los procedimientos abierto ordinario, en el restringido y en el de licitación con negociación sujetos a regulación armonizada, la declaración de urgencia, con la consiguiente motivación, debe contenerse, según el precepto que es objeto de nuestro análisis, en el expediente del contrato,

debiendo constar también la motivación de modo expreso en el anuncio de licitación.

En el resto de los supuestos, será precisa igualmente la declaración de urgencia debidamente motivada, sujeta a las condiciones descritas en el artículo 119 de la LCSP, y su inclusión en el anuncio de licitación del contrato conforme al Anexo III, sección cuarta, apartado 12 de la LCSP.

4. Especialidades procedimentales.

El artículo 50 del Real Decreto-ley 36/2020 indica que en aquellos casos en los que los órganos de contratación justifiquen el recurso a la tramitación urgente, *“las siguientes especialidades podrán ser de aplicación.”* Esta redacción, que presenta un marcado carácter potestativo, deja abierta la posibilidad de que los órganos de contratación puedan aplicar al procedimiento las especialidades que convengan, pero no necesariamente todas². No obstante, la norma diferencia claramente algunas reglas en que se establecen plazos máximos o mínimos, donde otros menores o mayores pueden admitirse, y otras que aluden a plazos imperativos y, por tanto, inmodificables. En consecuencia, aunque la norma contenga una referencia genérica al carácter potestativo de estas especialidades procedimentales, de emplearse, habrá determinados límites temporales y plazos que necesariamente habrán de respetarse.

Esta conclusión resulta lógica en la medida en que, si el legislador ha querido ser extremadamente respetuoso con las normas comunitarias a la hora de establecer la justificación general del empleo de la tramitación de urgencia también en estos casos, también ha de serlo con las normas de las directivas sobre reducción de plazos, normas contenidas, por ejemplo, en los artículos 27.3, 28.6 o 29.1 de la Directiva 2014/24/UE,

² Parece razonable entender que si se justifica la existencia de una situación de urgencia en los términos que hemos expuesto es porque las reducciones de plazos que contempla la norma se convierten en necesarias.

de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Todas las reducciones de plazos que contiene la norma interna obedecen a los plazos que estos preceptos admiten. Las analizamos separadamente a continuación.

a) Procedimiento abierto. En el caso de los procedimientos abiertos ordinarios la regla general que contiene la norma es que todos los plazos fijados para su tramitación podrán reducirse hasta la mitad por exceso. Esto significa que, en los plazos concretados en días impares, por ejemplo, de 15 días, el plazo en cuestión se dividirá por dos y se contará el exceso hasta el número entero siguiente, de modo que el plazo en cuestión quedará fijado en 8 días. Tal operación no es necesaria en el caso de los plazos fijados en días pares. Esta reducción tiene carácter potestativo.

Esta regla general no se aplica al plazo de presentación de las proposiciones de los licitadores, que los órganos de contratación podrán reducir hasta un mínimo de quince días naturales contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación. Este límite tiene el carácter de reducción máxima, que no tiene por qué alcanzarse necesariamente, y es el mismo que se establece en el artículo 27.3 de la Directiva y en el 156.3 b) de la LCSP. Nótese que el precepto alude claramente a la fecha del envío del anuncio, no a cualquier otra y que el cómputo se realiza en días naturales.

b) Procedimiento abierto simplificado. En el caso del procedimiento abierto simplificado se opta por mantener sin cambios los plazos establecidos en el artículo 159 apartados 3 y 4 de la LCSP. Una única excepción se admite, que de nuevo es la referente al plazo de presentación de proposiciones de los licitadores, que será de un máximo de quince días naturales en todos los casos. La distinción con el procedimiento abierto ordinario estriba precisamente en el carácter máximo del plazo de 15 días

en este supuesto, pudiendo el plazo ser menor pero siempre que se respete la regla contenida en el artículo 136.1 de la LCSP en el sentido de que el plazo ha de fijarse teniendo en cuenta el tiempo que razonablemente pueda ser necesario para preparar la proposición, atendida la complejidad del contrato, y respetando, en todo caso, los plazos mínimos fijados en la Ley. De nuevo el cómputo se realiza en este caso en días naturales.

Con el fin de agilizar significativamente la tramitación del procedimiento abierto simplificado en estos casos, se añade que en los supuestos en que se contemplen criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, el análisis técnico de las proposiciones se hará por los servicios técnicos del órgano de contratación en un plazo no superior a cuatro días naturales, debiendo ser suscritas por el técnico o técnicos que realicen tal valoración.

c) Procedimiento del artículo 159.6 de la LCSP. En el caso del procedimiento abierto simplificado descrito en el artículo 159.6 de la LCSP se establece que el plazo para la presentación de las proposiciones será de un máximo de ocho días naturales (es de diez días en condiciones normales). No obstante, cuando se trate de compras corrientes de bienes disponibles en el mercado el plazo será de cinco días naturales. Por razón de la cuantía de los contratos que se pueden celebrar a través del procedimiento abierto simplificado en sus dos variantes, los plazos mínimos de las Directivas no se configuran como un límite en la medida en que este tipo de contratos no pueden estar sujetos a regulación armonizada.

d) Procedimiento restringido y negociado. Los plazos fijados para la tramitación del procedimiento restringido y del procedimiento de licitación con negociación podrán reducirse hasta la mitad por exceso, bajo las mismas condiciones de aplicación que hemos descrito en el caso

del procedimiento abierto. De nuevo, esta reducción tiene carácter potestativo. La excepción viene establecida respecto del plazo de presentación de las solicitudes, que los órganos de contratación podrán reducir hasta un mínimo de quince días naturales (este límite tiene el carácter de reducción máxima que no tiene por qué alcanzarse necesariamente), y el de presentación de las proposiciones que en ningún caso será inferior a diez días naturales. Esta redacción coincide con los artículos 28.6 y 29.1 de la Directiva y con los artículos 161 y 164 de la LCSP.

e) Exclusión de las concesiones. Las reducciones de plazos antes expuestas no se pueden aplicar en la adjudicación de los contratos de concesiones de obras y concesiones de servicios sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación que se vaya a emplear. Los distintos plazos aplicables a tales procedimientos y contratos no son, por expresa dicción legal, susceptibles de reducción alguna. Esta declaración, de nuevo, viene impuesta por las Directivas comunitarias.

5. Prioridad en la tramitación de estos contratos.

Si la recuperación económica se configura como un objetivo primordial ante la situación causada por la pandemia, es lógico que las medidas que se adopten para lograrla sean prioritarias en todos los sentidos. Por esta razón la norma que venimos analizando indica que los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia gozarán, en todo caso, de preferencia para su despacho sobre cualquier otro contrato por los distintos órganos que intervengan en su tramitación. Esta previsión es aplicable a todos los contratos en que concurra esta circunstancia, independientemente de que estén sujetos o no a regulación armonizada.

Esta regla es similar a la que se contiene en el artículo 119.2 para la tramitación de urgencia,³ pero con la diferencia de que resulta de aplicación sin necesidad de que el contrato se tramite por la vía de urgencia, al regularse de forma separada del resto de las especialidades procedimentales aplicables cuando se emplea esta tramitación acelerada.

También coinciden las dos normas en el establecimiento de un plazo perentorio respecto de los plazos para emitir los respectivos informes, cosa lógica si se quiere agilizar la tramitación del procedimiento, que quedarán reducidos a cinco días naturales, pero con la diferencia de que en el caso de los contratos financiados con el fondo no cabe prórroga alguna de este plazo, por contra de lo que ocurre con el artículo 119 de la LCSP.

CONCLUSIONES

- El artículo 50 del Real-Decreto Ley 36/2020, que tiene carácter básico según su Disposición Final Primera y resulta, por tanto, de aplicación a todo el Sector Público, configura la aplicación de la tramitación de urgencia como excepcional, de modo que no cabe de forma generalizada o automática para los contratos financiados con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.
- Tal interpretación deriva de las normas propias del Derecho Comunitario, que impiden una declaración *ex lege* de urgencia de todos los procedimientos de licitación de contratos financiados con cargo a los citados fondos.

³ a) Los expedientes gozarán de preferencia para su despacho por los distintos órganos que intervengan en la tramitación, que dispondrán de un plazo de cinco días para emitir los respectivos informes o cumplimentar los trámites correspondientes.

- En consecuencia, resulta necesario que el órgano de contratación valore, caso por caso, las circunstancias que podrían exigir una tramitación más rápida, ponderando debidamente los riesgos de limitar la competencia o infringir los principios básicos del Tratado, dados los eventuales efectos perjudiciales sobre la competencia de la reducción de plazos (especialmente para las PYMEs).
- Conforme al artículo 50 del Real Decreto-ley 36/2020, que a su vez remite al artículo 119 de la Ley 9/2017, es imprescindible que la entidad contratante justifique para todos sus contratos, con independencia de que estén o no sujetos a regulación armonizada, la situación de urgencia, razón por la cual sólo cabe aplicar la tramitación de urgencia en los casos en los que los plazos establecidos sean realmente impracticables, debiéndose dejar constancia de la justificación en el expediente y publicar tal circunstancia en el anuncio de licitación del contrato.
- En todo caso es imprescindible respetar las exigencias de los principios de no discriminación, igualdad de trato y proporcionalidad que consagra el Derecho Comunitario, intentando alcanzar el mayor grado de transparencia posible.