

II

(Comunicaciones)

COMUNICACIONES PROCEDENTES DE LAS INSTITUCIONES, ÓRGANOS Y ORGANISMOS DE LA UNIÓN EUROPEA

COMISIÓN EUROPEA

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

(2020/C 108 I/01)

1. Introducción: opciones y flexibilidad en el marco de contratación pública

COVID-19 es 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. Los compradores públicos de los Estados miembros están en primera fila por lo que toca a los más de estos bienes y servicios. Tienen que garantizar la disponibilidad de equipos de protección individual, como mascarillas y guantes de protección, productos sanitarios, como los respiradores y otros suministros médicos, así como de infraestructura hospitalaria e informática, por citar algunos ejemplos.

A nivel europeo, la Comisión, junto con los Estados miembros, ya ha intensificado sus esfuerzos poniendo en marcha acciones conjuntas de adquisición de diversos suministros médicos.

Para adaptar mejor su ayuda a esta situación de emergencia, la Comisión explica en la presente guía ⁽¹⁾, a qué opciones y flexibilidades puede recurrirse en el marco de contratación pública de la UE para la adquisición de suministros, servicios y obras necesarias para hacer frente a la crisis.

Los compradores públicos pueden considerar varias opciones:

- En primer lugar, en caso de urgencia, pueden recurrir a las posibilidades de reducir sustancialmente los plazos para acelerar los procedimientos abiertos o restringidos.
- En caso de que tal flexibilidad no baste, podrá preverse un procedimiento negociado sin publicación. Por último, podría permitirse incluso la adjudicación directa a un operador económico preseleccionado, siempre que este sea el único que pueda proporcionar los suministros necesarios dentro de los condicionantes técnicos y temporales que impone la extrema urgencia.
- Por otra parte, los compradores públicos deben también buscar soluciones alternativas y actuar en el mercado.

⁽¹⁾ Esta guía se basa en la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de contratación pública por lo que respecta a la actual crisis del asilo, de 9 de septiembre de 2015, COM(2015) 454 final; refleja la interpretación que hace la Comisión de los Tratados, las Directivas sobre contratación pública y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («el Tribunal»). En este sentido, ha de señalarse que, en cualquier caso, la interpretación vinculante del Derecho de la Unión corresponde en última instancia al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esta guía no modifica el marco jurídico.

La presente guía se centra especialmente en la contratación pública en casos de extrema urgencia, que permite a los compradores públicos comprar en cuestión de días, incluso de horas, en caso necesario. Precisamente en una situación como la actual crisis del COVID-19, que presenta una urgencia extrema e imprevisible, las Directivas de la UE no contienen restricciones de procedimiento.

En concreto, el procedimiento negociado sin publicación permite que los compradores públicos adquieran suministros y servicios en el plazo más breve posible. Con arreglo a este procedimiento, establecido en el artículo 32 de la Directiva 2014/24/UE («la Directiva») ⁽²⁾, 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.

El marco europeo de contratación pública ofrece toda la flexibilidad necesaria para que los compradores públicos adquieran bienes y servicios vinculados directamente a la crisis del COVID-19 con la mayor rapidez. Para acelerar sus adquisiciones, los compradores públicos pueden también optar por:

- dirigirse a los contratistas potenciales dentro y fuera de la UE por teléfono, correo electrónico o en persona;
- contratar a agentes que tengan mejores contactos en los mercados;
- enviar directamente a sus representantes a países que dispongan de las reservas necesarias y puedan garantizar una entrega inmediata;
- dirigirse a los posibles proveedores para acordar un aumento de la producción, o bien el inicio o la renovación de la producción.

Sin embargo, ante situaciones de aumento excepcional de la demanda de bienes, productos y servicios similares, unido a una perturbación significativa de la cadena de suministro, puede ser técnica o físicamente imposible contratar incluso mediante los procedimientos más rápidos disponibles. Para satisfacer sus necesidades, los compradores públicos tal vez tengan que buscar soluciones alternativas y posiblemente innovadoras que estén ya disponibles en el mercado o puedan desplegarse en plazos brevísimos. Los compradores públicos tienen que hallar soluciones e interactuar con los posibles proveedores con el fin de evaluar si estas alternativas satisfacen sus necesidades ⁽³⁾. La interacción con el mercado puede abrir buenas oportunidades para tener en cuenta otros aspectos estratégicos de la contratación pública, integrando en el proceso de contratación requisitos medioambientales, sociales y de innovación, sin olvidar la accesibilidad de todos los servicios adquiridos.

Los compradores públicos están plenamente facultados en virtud del marco de la UE para actuar en el mercado y hacer contactos. Existen varias maneras de interactuar en el mercado para estimular la oferta y, para las necesidades a medio plazo, la aplicación de procedimientos urgentes podría ser un medio más fiable para obtener una mejor relación calidad-precio y un acceso más amplio a los suministros disponibles. Además:

- Los compradores públicos pueden utilizar herramientas digitales innovadoras ⁽⁴⁾ para activar ampliamente el interés entre los agentes económicos capaces de proponer soluciones alternativas. Por ejemplo, podrían convocar *hackatones* para hallar nuevos conceptos que permitan reutilizar las mascarillas de protección después de su limpieza, ideas sobre cómo proteger eficazmente al personal sanitario, maneras de detectar el virus en el medio ambiente, etc.
- Los compradores públicos también pueden colaborar más estrechamente con los ecosistemas de innovación o las redes de emprendedores, que podrían proponer soluciones.

⁽²⁾ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO L 94 de 28.3.2014, p. 65).

⁽³⁾ Orientaciones y buenas prácticas en materia de compra de productos y servicios innovadores: https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers/innovation-procurement_es

⁽⁴⁾ La contratación digital estimula los enfoques innovadores: https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/digital_es

Los compradores públicos pueden basarse en el marco de contratación pública de la UE, que ofrece medios para adaptarse a emergencias graves como la pandemia de COVID-19.

Este marco permite a los compradores públicos aplicar una estrategia en varias fases, y les anima a proceder así. En primer lugar, para necesidades inmediatas y previstas a corto plazo, deben aprovechar plenamente la flexibilidad del marco. Como instrumento complementario, se les anima a contratar juntos y a aprovechar las iniciativas de contratación pública conjunta de la Comisión. Los procedimientos con plazos reducidos cubren sus necesidades a medio plazo, ya que, en principio, son más fiables para optimizar la relación calidad-precio y garantizar un mayor acceso de las empresas a las oportunidades de negocio y una gama más amplia de suministros disponibles.

La Comisión va a movilizar todos sus recursos para proporcionar más asesoramiento y asistencia ⁽⁵⁾ a los Estados miembros y a los compradores públicos.

2. Elección de procedimientos y plazos dentro del marco de contratación pública de la UE, especialmente en casos de urgencia y extrema urgencia

La Unión Europea se enfrenta en la actualidad a numerosos retos debido a la repentina y extendida crisis sanitaria de COVID-19. Esta guía ofrece una visión general de las posibilidades que tienen los compradores públicos, es decir, los poderes adjudicadores ⁽⁶⁾, de adquirir con rapidez suministros y servicios de primera necesidad y, en caso necesario, también infraestructuras adicionales.

Las normas europeas de contratación pública proporcionan todas las herramientas necesarias para satisfacer esas necesidades, a tenor de lo dispuesto en la Directiva.

2.1. Elección de procedimientos en general

Los poderes adjudicadores pueden optar por adjudicar los contratos que entran en el ámbito de la Directiva mediante un procedimiento abierto o mediante un procedimiento restringido (artículo 26, apartado 2, de la Directiva) ⁽⁷⁾.

Por lo que respecta a los procedimientos abiertos sujetos a la Directiva, se aplica un plazo de 35 días para la presentación de las ofertas ⁽⁸⁾.

En el caso de los procedimientos restringidos, la Directiva prevé un plazo de 30 días para la presentación de las solicitudes de participación, seguido de un plazo adicional de 30 días para la presentación de las ofertas ⁽⁹⁾. Cuando la legislación nacional haya implementado esta opción, este último plazo puede ser acordado entre los poderes adjudicadores subcentrales, como las autoridades regionales o locales, y los participantes; si no es posible llegar a un acuerdo, puede aplicarse un plazo mínimo de 10 días ⁽¹⁰⁾.

Además, tanto en los procedimientos abiertos como en los restringidos, estos plazos pueden acortarse:

- 1) o bien con un anuncio de información previa que no se utiliza como medio de convocatoria de licitación, sino que incluye toda la información exigida para el anuncio de licitación según la parte B, sección I, del anexo V, y que se envíe para su publicación entre 35 días y 12 meses antes de la fecha de envío del anuncio de licitación;
- 2) o bien en caso de urgencia debidamente justificada por el poder adjudicador y que haga impracticable el plazo aplicable (véase el punto 2).

2.2. En caso de urgencia, plazos abreviados

Para las situaciones de urgencia, la Directiva prevé una reducción sustancial de los plazos generales. en el procedimiento abierto, el plazo para la presentación de ofertas puede reducirse a 15 días en casos de urgencia debidamente justificada ⁽¹¹⁾; en el procedimiento restringido, el plazo para presentar una solicitud de participación podrá reducirse a 15 días ⁽¹²⁾ y el plazo para presentar una oferta, a 10 días ⁽¹³⁾. De este modo, es posible adjudicar el contrato rápidamente.

⁽⁵⁾ Hay más de 250 000 poderes adjudicadores en la UE, por lo que la Comisión ya está en comunicación con los puntos de contacto nacionales designados de los Estados miembros a través de un instrumento en línea WIKI.

⁽⁶⁾ El Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público o las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público.

⁽⁷⁾ Los procedimientos negociados con publicación previa o los diálogos competitivos probablemente no sean de interés en este contexto, ya que, en las circunstancias previstas en la presente guía, no se cumplirían las condiciones para su utilización.

⁽⁸⁾ Artículo 27 de la Directiva 2014/24/UE.

⁽⁹⁾ Artículo 28 de la Directiva 2014/24/UE.

⁽¹⁰⁾ Artículo 28, apartado 4, de la Directiva 2014/24/UE.

⁽¹¹⁾ Artículo 27, apartado 3, de la Directiva 2014/24/UE.

⁽¹²⁾ Artículo 27, apartado 3, de la Directiva 2014/24/UE.

⁽¹³⁾ Artículo 28, apartado 6, de la Directiva 2014/24/UE.

La utilización de un procedimiento acelerado abierto o restringido se ajusta a los principios de igualdad de trato y de transparencia y garantiza la competencia incluso en casos de urgencia. En casos de urgencia que hagan impracticables los plazos aplicables en circunstancias normales, los poderes adjudicadores podrán reducir los plazos de un procedimiento abierto o restringido de contratación pública en consonancia con la Directiva.

Procedimiento	Plazos normales mínimos	Plazos abreviados mínimos
Procedimiento abierto	35 días ⁽¹⁴⁾	15 días
Procedimiento restringido (etapa 1: solicitud de participación)	30 días ⁽¹⁵⁾	15 días ⁽¹⁶⁾
Procedimiento restringido (etapa 2: presentación de la oferta)	30 días ⁽¹⁷⁾	10 días ⁽¹⁸⁾

2.3. *Procedimiento negociado sin publicación en casos de extrema urgencia*

Con el procedimiento negociado sin publicación, el Derecho de la Unión proporciona un instrumento adicional que permite adjudicar contratos más rápidamente para responder a las necesidades relacionadas con la pandemia de COVID-19.

Los poderes adjudicadores pueden adjudicar contratos públicos por procedimiento negociado sin publicación «cuando, 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.». [artículo 32, apartado 2, letra c), de la Directiva].

Dado que, en estos casos, los poderes adjudicadores se apartan del principio básico del Tratado relativo a la transparencia, el Tribunal exige que el recurso a este procedimiento tenga carácter excepcional. Todas las condiciones han de cumplirse de manera acumulativa y deben interpretarse restrictivamente (véanse, por ejemplo, los asuntos C-275/08, Comisión/Alemania, y C-352/12, Consiglio Nazionale degli Ingegneri). Un procedimiento negociado sin publicación permite a los poderes adjudicadores negociar directamente con los contratistas potenciales. La adjudicación directa a un operador económico preseleccionado sigue siendo la excepción, si solo una empresa es capaz de cumplir los condicionantes técnicos y temporales que impone la extrema urgencia.

Los distintos poderes adjudicadores deberán determinar si se cumplen las condiciones para recurrir al procedimiento negociado sin publicación previa. Deberán justificar su elección de recurrir a dicho procedimiento en un informe individual ⁽¹⁹⁾. En la evaluación individual de cada caso, deberán cumplirse los siguientes criterios acumulativos:

2.3.1. «Sucesos imprevisibles para el poder adjudicador en cuestión»

El número de pacientes de COVID-19 que necesitan tratamiento médico aumenta cada día, y es previsible que siga aumentando en la mayoría de los Estados miembros hasta que alcance el pico.

Estos sucesos y, en particular, su desarrollo específico deben considerarse imprevisibles para cualquier poder adjudicador. Es ciertamente imposible prever y planificar con anticipación las necesidades específicas de los hospitales y otros centros sanitarios en lo tocante a proporcionar tratamiento, equipos de protección individual, respiradores, camas adicionales o infraestructuras hospitalarias y de cuidados intensivos adicionales, con todos los equipos técnicos que esto lleva aparejado; por tanto, esto constituye un suceso imprevisible para los poderes adjudicadores.

2.3.2. *Extrema urgencia que hace imposible el cumplimiento de los plazos generales*

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.

⁽¹⁴⁾ Artículo 27 de la Directiva 2014/24/UE.

⁽¹⁵⁾ Artículo 28 de la Directiva 2014/24/UE.

⁽¹⁶⁾ Artículo 28, apartado 6, de la Directiva 2014/24/UE.

⁽¹⁷⁾ Artículo 28 de la Directiva 2014/24/UE.

⁽¹⁸⁾ Artículo 28, apartado 6, de la Directiva 2014/24/UE.

⁽¹⁹⁾ Artículo 84, apartado 1, letra f), de la Directiva 2014/24/UE.

Habrá que estudiar caso por caso si esto impide respetar incluso los muy breves plazos del procedimiento acelerado abierto o restringido (15 y 10 días, respectivamente, para presentar las ofertas), si bien es probable que así sea 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.

Como aclara la jurisprudencia del Tribunal ⁽²⁰⁾, si se invoca la extrema urgencia, la necesidad de contratación ha de satisfacerse inmediatamente. La excepción no puede invocarse para adjudicaciones de contratos que tarden más de lo que habrían tardado si se hubiera recurrido a un procedimiento transparente, abierto o restringido, incluidos los procedimientos (abiertos o restringidos) acelerados.

2.3.3. *Nexo causal entre el suceso imprevisto y la extrema urgencia*

Para cubrir las necesidades inmediatas de los hospitales y centros sanitarios en un plazo muy breve, no puede caber ninguna duda razonable acerca del nexo causal con la pandemia de COVID-19.

2.3.4. *Uso en la medida estrictamente necesaria para cubrir el vacío hasta que se encuentren soluciones más estables*

Los procedimientos negociados sin publicación previa pueden ofrecer la posibilidad de satisfacer las necesidades inmediatas. Cubren el vacío existente hasta que puedan encontrarse soluciones más estables, como contratos marco de suministro y servicios adjudicados por medio de procedimientos ordinarios (incluidos los procedimientos acelerados).

⁽²⁰⁾ Véase la sentencia del Tribunal en el asunto C-352/12, de 20 de junio de 2013, apartados 50 a 52.