

Dictamen Núm. 145/2021

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 22 de julio de 2021, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 28 de junio de 2021 -registrada de entrada el día 30 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio del contrato de suministro de ordenadores portátiles por el procedimiento de emergencia.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Consejera de Presidencia de 31 de agosto de 2020, se ordena la ejecución, con carácter de emergencia, del suministro de ordenadores portátiles y la adjudicación del contrato a, estableciéndose un presupuesto máximo de 747.924,30 € y un plazo de entrega para cada pedido de 21 días naturales desde la fecha de solicitud. La utilización del procedimiento de emergencia se fundamenta, según se expresa en los antecedente de hecho, en “la necesidad de que los trabajadores que están realizando teletrabajo

utilicen un ordenador portátil y entregado por la Administración” en el contexto de la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia del COVID-19, a fin de asegurar que se cumple “con el Esquema Nacional de Seguridad, regulado en el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero”, considerando que el anterior contrato adjudicado el 8 de julio de 2020 para el suministro de 300 equipos por el mismo procedimiento ha resultado insuficiente para satisfacer las citadas necesidades y que “muchos equipos particulares no cumplen con los requisitos técnicos mínimos para poder utilizar estos medios de conexión para teletrabajo”. Se razona que, “más allá de que haya finalizado el estado de alarma, continúa en vigor el Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan Medidas Urgentes para responder al Impacto Económico del COVID-19, cuyo artículo 16 determina la tramitación de emergencia para la contratación de todo tipo de bienes o servicios que precise para la ejecución de cualesquiera medidas para hacer frente al COVID-19”.

Del contrato celebrado se da cuenta al Consejo de Gobierno del Principado de Asturias en la reunión celebrada el 24 de septiembre de 2020.

2. Se incorporan al expediente a continuación, entre otros documentos, la propuesta para la contratación de ordenadores portátiles suscrita por el Jefe del Servicio de Infraestructuras TIC con fecha 10 de agosto de 2020, la factura emitida el 23 de septiembre de 2020 y el acta de recepción de 900 equipos extendida el 16 de octubre de 2020.

3. Con fecha 27 de noviembre de 2020, el Interventor General suscribe un informe de omisión de la función interventora en el expediente relativo a la autorización del gasto por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias. En él comienza por exponer la doctrina general de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre las condiciones que justifican la utilización de la tramitación de emergencia y las orientaciones dadas por la Comisión Europea y la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la

Contratación sobre las opciones a considerar por los poderes adjudicadores al contratar en el contexto de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, para terminar concluyendo que “en la documentación que obra en el expediente (...) no constan plenamente acreditados todos los requisitos exigidos”. Refiere que, “como indica la Junta Consultiva, la apreciación por el órgano de contratación de la concurrencia del supuesto habilitante para la utilización (...) de la tramitación de emergencia, más allá de la declaración genérica del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, exige describir el completo conjunto de hechos que lo ha causado y razonar suficientemente por qué se incardinan dentro de la causa legal”, lo que considera que no concurre en el caso de que se trata, en el que no se motiva por qué se incrementan las necesidades de ordenadores portátiles, ni por qué el contrato de emergencia celebrado con anterioridad al 31 de agosto de 2020, cuyo objeto era también el suministro de equipos portátiles con destino para los empleados teletrabajadores, “resultó insuficiente para satisfacer las necesidades”. En segundo lugar, aprecia que “tampoco consta en la documentación examinada una exposición razonada de los motivos por los cuales no es posible resolver la situación mediante otros procedimientos menos restrictivos de la libre concurrencia, como la tramitación urgente del expediente o el procedimiento negociado sin publicidad por razón de imperiosa urgencia. Siempre que exista la posibilidad de satisfacer la necesidad planteada utilizando otro de los procedimientos previstos en la LCSP esta ha de ser la vía empleada por los órganos de contratación”. En tercer lugar, considera que “puesto que ha de invocarse una extrema urgencia que impida acudir a otro procedimiento alternativo, la necesidad ha de satisfacerse de forma inmediata requiriendo en consecuencia una actuación de la Administración también inmediata para remediar la situación. La inmediatez es, por tanto, otra de las notas esenciales del trámite de emergencia que, en este caso, no solo no se encuentra suficientemente motivada en la documentación del expediente sino que, además, se ve cuestionada por el propio desarrollo temporal de la actuación de la Administración. Así, mientras que la propuesta para la

contratación por emergencia se suscribe con fecha 10 de agosto de 2020, no es hasta el 31 de agosto cuando el órgano de contratación dicta la resolución por la que se ordena la ejecución por el trámite de emergencia”. Asimismo, advierte sobre “la inexistencia de 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, 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”, y significa que “no consta en la documentación (...) ninguna justificación que permita verificar que el precio del suministro se ajusta al precio de mercado”.

Analiza cuáles son las “infracciones del ordenamiento jurídico en el momento en que se dictó el acto”, identificando las siguientes: “No se ha respetado el ordenamiento jurídico contractual al haber utilizado la tramitación excepcional por emergencia sin haber justificado adecuadamente en el expediente la concurrencia de todos los requisitos habilitantes para la utilización legal de este supuesto. Se observa, en consecuencia, la ausencia de tramitación del procedimiento contractual adecuado regulado en la LCSP 9/2017, de 8 de noviembre./ Se ha incumplido el procedimiento contable previsto en el artículo 38 de la Resolución de 16 de mayo de 2005, de la Consejería de Economía y Administración Pública, por la que se aprueban las normas sobre gestión, tramitación y régimen de contabilidad en la ejecución del presupuesto de gastos./ Se ha producido un incumplimiento de lo preceptuado en los artículos 54.1 y 56.1.a) del TRREPPA sobre fiscalización previa de todo acto, documento o expediente susceptible de producir obligaciones de contenido económico”.

Reseña seguidamente que “el artículo 39 de la LCSP señala como causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el artículo 47” de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, “cuyo apartado 1.e) alude a los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. En tanto que la propuesta que se fiscaliza pretende la tramitación contable para

el abono de un suministro obtenido por la Administración acudiendo a un procedimiento excepcional sin reunir los requisitos exigidos para el mismo y, por tanto, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento contractual legalmente establecido y del procedimiento contable, de obligado cumplimiento, nos encontraríamos ante un acto viciado de nulidad”.

Por ello, concluye que “debe valorarse la oportunidad de acudir al procedimiento de revisión de actos en vía administrativa prevista en los artículos 24 y siguientes de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias, con carácter previo al abono de los suministros recibidos, salvo que el órgano de contratación acredite adecuadamente que constan en el expediente tramitado las justificaciones” relativas al cumplimiento de los requisitos exigidos para el recurso a la tramitación de emergencia y de ajuste del precio del suministro al de mercado.

4. El día 4 de diciembre de 2020, el Jefe del Servicio de Infraestructuras TIC elabora un informe de justificación del recurso al procedimiento de emergencia en el suministro de referencia. Señala, respecto de las necesidades a satisfacer, que “la implantación del teletrabajo implica el incremento de los ataques de las mafias de cibercriminales. Esto es debido a que los *hackers* saben que este nuevo modelo abre brechas de seguridad en todas las organizaciones que están dispuestos a aprovechar con resultados demoledores”. Por ello, el órgano competente “debe (...) tener la total seguridad y certificación de las medidas de seguridad mínimas obligatorias y necesarias” en los equipos de los trabajadores, y tal verificación no puede realizarse respecto de los equipos personales de los usuarios. Afirma que la necesidad de obtener estos equipos con prontitud no podía satisfacerse por ningún otro procedimiento de contratación pues, según la experiencia de su Servicio, de haberse acudido al negociado sin publicidad o al procedimiento de urgencia el plazo de tramitación se habría dilatado más allá de los tres meses, siendo inasumible en las circunstancias descritas.

Precisa que ante la situación de emergencia sanitaria solo cabían “dos posibilidades, o posibilitar el teletrabajo de forma inmediata con las medidas adecuadas o no posibilitar el teletrabajo. Ya que se ha optado por la primera opción, es indudable que esta necesidad ha de satisfacerse de forma extraordinariamente urgente”, pues “de otro modo los empleados públicos en situación de teletrabajo estarían en sus domicilios sin posibilidad de realizar sus obligaciones tantos días como se demore la adquisición de los medios”, lo que habría ocasionado un “colapso total de las actividades propias del Principado de Asturias”. Explica, por otra parte, que si el contrato no se adjudicó hasta el 31 de agosto de 2020 fue porque “en ese momento todas las Administraciones Públicas y todo el sector privado estaba demandando adquisición de equipamiento electrónico de todo tipo, y de forma especial portátiles”, y que en este contexto “el Principado de Asturias no tenía capacidad de negociación para priorizar sus peticiones frente al resto, razón por la cual la llegada de equipos se produjo cuando la disponibilidad de *stocks* lo permitió”.

Tras indicar que se dan en el caso de que se trata todos los requisitos para acudir a la tramitación excepcional de emergencia del artículo 120 de la Ley de Contratos del Sector Público, explica que el precio del contrato se ajusta al precio de mercado, y que antes de adjudicar el mismo se solicitó oferta a 5 empresas, decidiéndose la adjudicación a la que ofreció el precio más bajo.

Respecto a la circunstancia de que se adquiriese un número insuficiente de ordenadores en el primer contrato, reseña que en aquella ocasión la Administración se enfrentaba a las mismas dificultades derivadas de la falta de disponibilidad de un *stock* suficiente para atender a la enorme demanda y que el volumen del suministro fue “inferior a las necesidades reales por no ser posible por razones de mercado conseguir más de forma lo más inmediata posible”.

5. El día 11 de diciembre de 2020, la Jefa del Servicio de Contratación de la Consejería de Presidencia suscribe un informe en el que rechaza que la

adjudicación del contrato de emergencia sea nula por omisión total del procedimiento, al entender que en este tipo de contratos, “por su propia naturaleza excepcional, se produce la inversión del proceso lógico y típico de la contratación en general, de tal modo que incluso cabe hablar de ausencia de procedimiento”, y por ello considera que “en aplicación de lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 70/2004, de 10 de septiembre, por el que se desarrolla el Régimen de Control Interno ejercido por la Intervención General del Principado de Asturias, procede elevar al Consejo de Gobierno la autorización de la tramitación del expediente de gasto y el correspondiente documento contable”.

Retirado el asunto del orden del día de la reunión de la Comisión de Secretarios Generales Técnicos que precede a la del Consejo de Gobierno, según consta en el expediente, el día 20 de enero de 2021 la misma Jefa de Servicio propone iniciar el procedimiento de revisión de oficio del contrato.

6. Mediante Resolución de la Consejera de Presidencia de 25 de enero de 2021, se dispone la incoación del procedimiento de revisión de oficio del contrato al haber incurrido en la causa del artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; el nombramiento de instructora del mismo, y la notificación a los interesados.

7. Con fecha 19 de febrero de 2021, la Instructora del procedimiento elabora propuesta de resolución en el sentido de que “no procede declarar la nulidad de la adjudicación del contrato de suministro de ordenadores portátiles efectuada por trámite de emergencia”. En la citada propuesta, en la que se reproducen los argumentos empleados por el Jefe del Servicio de Infraestructuras TIC, se expresa asimismo que se recurrió a la tramitación de emergencia al ser “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, al igual que en el procedimiento negociado sin publicidad de la Directiva (...), permite a la Administración la adjudicación directa sin publicidad y sin obligación de tramitar expediente de contratación. Ninguna duda ofrece que la epidemia es un suceso catastrófico o situación que supone un grave peligro y que exige actuaciones inmediatas para combatirla”.

8. Solicitada del Servicio Jurídico la emisión de informe, “de acuerdo con lo previsto en el artículo 6.1 del Decreto 20/1997, de 20 de marzo, por el que se regula la Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Principado de Asturias”, el día 4 de marzo de 2020 una Letrada informa que “no procede la emisión de informe al no encontrar la solicitud encaje en el artículo 6.1.f) del Decreto 20/1997, de 20 de marzo”, en tanto que “la propuesta remitida postula la no declaración de nulidad”.

9. El día 8 de marzo de 2021, el representante de la adjudicataria del contrato presenta un escrito en el Registro Electrónico de la Administración del Estado en el que solicita del Servicio de Contratación de la Consejería de Presidencia el abono de la factura una vez transcurridos “más de treinta días desde la recepción del contrato y también desde la presentación” de aquella.

10. Con fecha 23 de marzo de 2021, la Consejera de Hacienda, por ausencia de la de Presidencia, dispone modificar “el resuelto segundo de la Resolución de la Consejera de Presidencia de 25 de enero de 2021” y nombrar como instructora

del procedimiento a una funcionaria distinta, así como comunicar la resolución a los interesados.

11. El día 5 de abril de 2021, la Instructora del procedimiento propone “solicitar informe al Servicio Jurídico” sobre “si (...) se trata de un contrato de emergencia y, por tanto, no procede la revisión de oficio” o “si, por el contrario, pueden darse indicios de nulidad, debiendo tramitarse el procedimiento de revisión de oficio”.

12. Con fecha 15 de abril de 2021, un Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias informa que “no ve posible ni deseable apartarse del criterio” de la Intervención General del Principado de Asturias y del de la Comisión de Secretarios Generales Técnicos. Afirma hacer suyo el planteamiento de la Intervención General al considerar que el artículo 120 de la Ley de Contratos del Sector Público restringe el empleo de la tramitación de emergencia a los supuestos de “catástrofes, situaciones prebélicas o graves peligros”; situaciones que, según señala, podrían justificar el recurso al citado procedimiento “para suministros médicos, pero no ordenadores que favorezcan el teletrabajo, lo que en el fondo es importante pero no vital”.

13. Mediante oficio de 27 de abril de 2021, la Instructora del procedimiento comunica a la adjudicataria la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días, facilitándole el acceso al expediente electrónico.

14. El día 27 del mes siguiente, la Instructora del procedimiento suscribe un informe en el que concluye que “concorre causa de nulidad al haberse adjudicado un contrato mediante la tramitación de emergencia sin que se justifique motivadamente el supuesto habitante para dicha emergencia, prescindiendo, por tanto, del procedimiento contractual legalmente establecido”.

En cuanto a los efectos de la nulidad, indica que esta conlleva “la liquidación del contrato, lo que ha de suponer el reconocimiento y abono al contratista de la cantidad de 747.924,22 euros por el suministro de ordenadores portátiles”, puntualizando que “se excluye tanto la indemnización de daños y perjuicios como la detracción del beneficio industrial”.

Con idéntica fecha, la Jefa del Servicio de Contratación de la Consejería instructora suscribe una propuesta de resolución en el mismo sentido, lo que se notifica a la empresa interesada en el procedimiento comunicándole la apertura del trámite de audiencia por plazo de diez días, sin que conste en el expediente la formulación de alegaciones por su parte.

15. Con fecha 16 de junio de 2021, la Consejera de Presidencia ordena la remisión del expediente a la Presidencia del Principado de Asturias al objeto de recabar el correspondiente informe del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, solicitando su emisión con carácter urgente “dada la necesidad de abonar a la empresa contratista, a la mayor brevedad posible, el importe correspondiente al suministro efectivamente prestado en el ejercicio 2020”.

El día 18 de junio de 2021, la misma Consejera resuelve “suspender el plazo máximo para resolver y notificar (...) desde la fecha de solicitud de dictamen al Consejo Consultivo del Principado de Asturias hasta la fecha en que se reciba dicho dictamen, y en todo caso como máximo tres meses desde la citada fecha de solicitud”, así como notificar la suspensión a la empresa suministradora, lo que se produce al día siguiente.

16. En este estado de tramitación, mediante escrito de 28 de junio de 2021, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio del contrato de suministro de ordenadores portátiles por procedimiento de emergencia, adjuntando a tal fin una copia del expediente en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra I), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra I), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

En la solicitud de dictamen se requiere a este Consejo que lo emita por el procedimiento de urgencia. El artículo 19, apartado 3, de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, establece que “Cuando en la orden de remisión del expediente se hiciese constar motivadamente la urgencia del dictamen, el plazo máximo para su despacho será de quince días hábiles”. En la orden de remisión se invoca el artículo citado “dada la necesidad de abonar a la empresa contratista, a la mayor brevedad posible, el importe correspondiente al suministro efectivamente prestado en el ejercicio 2020”. En consecuencia, el presente dictamen se emite dentro del indicado plazo de quince días hábiles desde su solicitud.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), la Administración del Principado de Asturias se halla debidamente legitimada, toda vez que a ella pertenece el órgano que ha dictado el acto cuya declaración de nulidad es objeto de este procedimiento de revisión de oficio.

TERCERA.- En cuanto al plazo para proceder a la revisión de oficio, el artículo 106.1 de la LPAC dispone que las “Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado (...), declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1”; ello sin perjuicio de la eventual aplicación de los límites que establece el artículo 110 de la LPAC.

CUARTA.- Con relación a la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que este se configura como un instrumento de garantía de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, lo que exige un estricto cumplimiento de los preceptos legales reguladores del mismo. Por ello, hemos de examinar en primer lugar si se cumplen o no sus trámites fundamentales.

En el presente caso se han observado los trámites esenciales del procedimiento, puesto que se ha dado audiencia y vista del expediente a la mercantil interesada, se ha adoptado una resolución de iniciación y se ha elaborado una propuesta de resolución que responde a la obligación legal de motivación, impuesta específicamente para este tipo de procedimientos en el artículo 35.1.b) de la LPAC. Igualmente, se ha incorporado al expediente el preceptivo informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, exigido para estos procedimientos con tal carácter por el artículo 6.1.f) del Decreto 20/1997, de 20 de marzo, por el que se regula la Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Principado de Asturias.

Sobre la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio de los actos de adjudicación de contratos del sector público, el artículo 41.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), señala que, “Sin perjuicio de lo que, para el

ámbito de las Comunidades Autónomas establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, serán competentes para declarar la nulidad o lesividad de los actos a que se refieren los apartados anteriores el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando esta no tenga el carácter de Administración Pública”. En consecuencia, es claro que la revisión de oficio corresponde en este caso a la titular de la Consejería de Presidencia.

Por último, con arreglo a lo establecido en el artículo 106.5 de la LPAC, los procedimientos de revisión de disposiciones o actos nulos deberán resolverse en el plazo de seis meses desde su inicio, transcurridos los cuales sin dictarse resolución, si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, se producirá su caducidad. Incoado el que analizamos por Resolución de la Consejera de Presidencia de 25 de enero de 2021, es evidente que dicho plazo no ha transcurrido aún, operando además la suspensión del procedimiento hasta la emisión de dictamen por este Consejo, ordenada junto con la remisión del expediente el día 16 de junio de 2021, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC.

QUINTA.- Entrando en el fondo del asunto, para la correcta valoración del supuesto que analizamos debemos partir de una consideración de tipo general, y es que la revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título V de la LPAC, al que remite el artículo 41.1 de la LCSP, constituye un procedimiento excepcional, puesto que este instrumento sitúa a la Administración en una posición de privilegio, al poder por sí misma, sin intervención judicial y en cualquier momento, revisar disposiciones y actos suyos viciados de nulidad. En consonancia con el sentido excepcional de esta potestad de autotutela, la interpretación de los casos objeto de revisión de oficio debe ser restrictiva; de

lo contrario, perdería efectividad la garantía que entraña la diferenciación entre actos nulos de pleno derecho y actos anulables y su sometimiento a regímenes jurídicos de anulación distintos.

Sostiene el órgano actuante que el acto cuya revisión se pretende -la adjudicación del contrato administrativo de suministro de ordenadores portátiles- incurre en la causa de nulidad a que se refiere el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 39.1 de la LCSP, al haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Al respecto se señala en la propuesta de resolución sometida a nuestra consideración que la adjudicación del contrato de cuya revisión de oficio se trata se llevó a cabo sin la debida justificación motivada del “supuesto habilitante para dicha emergencia” y, en consecuencia, “prescindiendo (...) del procedimiento contractual” que rige la tramitación de los contratos en el régimen ordinario.

La cuestión que se plantea está intrínsecamente relacionada, por tanto, con la relativa a la causa legal habilitante del recurso a la contratación de emergencia, sus condicionantes y límites legales, por lo que hemos de examinar, en primer lugar, si la adjudicación del contrato sometida a nuestra consulta se adecúa o no a dicho régimen legal de causas y límites.

En el momento de la adjudicación del contrato aquí examinado disciplinaban el régimen de la tramitación de emergencia aplicable al caso tanto el artículo 120 de la LCSP como el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan Medidas Urgentes para responder al Impacto Económico del COVID-19; precepto este que ya no se encuentra en vigor en la actualidad al haber sido derogado por el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se

declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina vienen señalando que el empleo de la tramitación de emergencia no es libre para el órgano de contratación, de modo que solo en los casos en que se haya acreditado debidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente fijados cabe recurrir a dicho procedimiento excepcional, como recuerda la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Nota Informativa sobre la aplicación de la tramitación de emergencia en la contratación para hacer frente al COVID-19. Este mismo órgano consultivo ya había sentado en su Informe 17/2019 que “las garantías propias de la tramitación de los contratos públicos, y entre ellas la determinación de unos procedimientos reglados de selección del contratista, generan un entorno de seguridad jurídica plena que asegura que la elección de los contratistas se verifique respetando íntegramente los principios nucleares de la contratación pública”, y que “cuando el legislador aborda la regulación del procedimiento de emergencia transmite la idea de que la principal cautela que debe mantenerse respecto del empleo de este procedimiento es el adecuado respeto del principio de concurrencia y de igualdad de los licitadores y que, solo en determinados supuestos absolutamente excepcionales, tales principios deben ceder cuando se produce un desequilibrio entre el pleno mantenimiento de todas las garantías de que está investida la contratación pública y el adecuado respeto al interés general que se persigue con la actuación que va a ser objeto de contratación”.

La excepción de aquellos principios y reglas procedimentales, justificada en la emergencia, solo puede tener lugar mediando los límites legales del artículo 120 de la LCSP, que sistematizados por la doctrina (por todos, pueden citarse el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 17/2019 y la Resolución 102/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales) son los siguientes: a) Que concurra alguno de los tres supuestos excepcionales que taxativamente establece el artículo 120 de la LCSP

(“acontecimientos catastróficos”, “situaciones que supongan grave peligro” o “necesidades que afecten a la defensa nacional”), sin que sea suficiente cualquier otra circunstancia. b) Que no sea suficiente para resolver la situación la utilización de otros procedimientos menos restrictivos de la libre concurrencia, al objeto de evitar el uso abusivo de la tramitación de emergencia. De este modo, únicamente podrá acudir a la tramitación de emergencia cuando no quede ninguna otra opción, debiendo justificar el órgano de contratación si existe la posibilidad de tramitar de modo ordinario el contrato acudiendo a algunos de los procedimientos establecidos en la ley. c) Que la emergencia sea apreciada por el órgano de contratación, quien se responsabiliza de motivar la concurrencia de una circunstancia excepcional y de acreditar su existencia. d) Que la tramitación se limite a lo estrictamente indispensable en el ámbito objetivo y temporal para prevenir o remediar los daños derivados de esa situación. e) Que la causa de la emergencia no sea imputable al propio órgano de contratación, es decir, que la situación de emergencia no hubiera podido ser evitada por el órgano de contratación mediante una actuación diligente.

Comenzando por el análisis de las causas legales justificativas de la emergencia, ha de indicarse que las mismas han de ser interpretadas, según viene señalando reiteradamente la jurisprudencia (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1987 -ECLI:ES:TS:1987:188-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), “con un criterio de estricto rigor” y, además, han de encontrarse debidamente justificadas y motivadas, de modo que, como declara el mismo Tribunal en la Sentencia de 31 de diciembre de 1991 -ECLI:ES:TS:1991:8944-, no constituye motivación suficiente “la simple enumeración en el correspondiente acuerdo de las que son autorizadas por el artículo aplicado, dándolas así simplemente por concurrentes”; al contrario, “ante situaciones de emergencia determinantes de peligro para los intereses generales, cuya protección está encomendada a los poderes públicos, cuanto mayor intensidad tenga aquella o mayor irreversibilidad pueda ofrecer este,

más sosegada y reflexiva ha de ser la ponderación y su exteriorización documentada acerca de si las medidas a adoptar son las idóneas para la consecución de los fines perseguidos con su adopción, porque, de no exigirse la justificación de esta correlación podría darse la circunstancia de que para eludir cualquier órgano administrativo el cumplimiento de cualificados requisitos o formalidades legalmente exigidos sería bastante la simple configuración de un hecho o determinada circunstancia, más o menos formalmente acreditados, como circunstancia de emergencia determinante de la producción del acuerdo”.

En el caso de que se trata, se ha justificado extensamente en el expediente que fueron los condicionantes impuestos por la pandemia del COVID-19 los que motivaron el recurso a la tramitación de emergencia. Según se explica en los informes librados por la Consejería instructora, se recurrió a tal forma de tramitación para proteger la salud de los empleados de la Administración del Principado de Asturias y evitar la propagación de la pandemia, para lo cual debía facilitarse el teletrabajo, atendidas las recomendaciones científico-sanitarias y ante la razonable previsión de que la reunión de un número elevado de trabajadores en las oficinas públicas podía constituir un foco importante de extensión de la epidemia. El trabajo a distancia debía organizarse, por otra parte, en condiciones de seguridad, esto es, con equipos informáticos dotados de sistemas dirigidos a impedir el acceso, ataque o secuestro de datos o de sistemas por terceros ajenos a la organización, habida cuenta de la extraordinaria proliferación de tales actuaciones delictivas. Ante la gravedad de los efectos de la epidemia, y considerando el elevadísimo riesgo que suponían las alternativas de establecer un régimen de presencialidad para todos los trabajadores o de permitir el trabajo a distancia con equipos informáticos carentes de medidas de seguridad, consideramos -al igual que la funcionaria autora de la propuesta de resolución de 19 de febrero de 2021- que el recurso a la tramitación de emergencia estaba amparada en las causas legales de “suceso catastrófico” o de “situación que supone un grave peligro”.

Ahora bien, entendemos que la Administración no ha justificado suficientemente que de haber recurrido a la tramitación ordinaria no habría podido celebrar el contrato antes del 31 de agosto de 2020. Para ello ha de analizarse la situación concurrente en los momentos previos al de adoptarse la decisión de acudir a la tramitación de emergencia, y así tenemos que tras la declaración del estado de alarma mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, el *Boletín Oficial del Principado de Asturias* de 16 de marzo de 2020 publica las resoluciones adoptadas por los titulares de cada una de las Consejerías en las que se regula la prestación presencial de servicios de empleados públicos y sus organismos dependientes, así como el número de efectivos necesarios para garantizar el funcionamiento de tales servicios durante la vigencia del estado de alarma. Del análisis de tales resoluciones resulta que la presencialidad, que hasta entonces había constituido la regla general en la prestación de los servicios públicos, se convierte en excepcional en tanto que queda limitada a los efectivos indispensables para la prestación de servicios esenciales, que son los que se detallan en las resoluciones correspondientes, desempeñando el resto del personal sus funciones "a través de los medios técnicos remotos que facilite la Administración del Principado de Asturias". Posteriormente, por Resolución de 12 de mayo de 2020, de la Consejería de Presidencia, se aprueban las Instrucciones de medidas preventivas y organizativas con motivo de la reincorporación del personal de la Administración del Principado de Asturias, sus organismos y entes públicos, adoptadas, según se señala en la parte expositiva, ante la programación por parte del Gobierno de España de la desescalada por fases y la publicación el día 6 de mayo de 2020 en el *Boletín Oficial del Estado* del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban Medidas de Apoyo al Sector Cultural y de Carácter Tributario para hacer frente al Impacto Económico y Social del COVID-2019, en cuya disposición adicional octava se establece el levantamiento de la suspensión de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación promovidos por entidades pertenecientes al

sector público siempre que se realice por medios electrónicos. Esta resolución establece un escenario y calendario de “reincorporación progresiva del personal a sus puestos de manera presencial” que alcanza, en tres fases diferenciadas, hasta el 21 de junio de 2020, partiendo de la clasificación del personal al servicio de la Administración autonómica en 5 grupos a efectos de ordenar los tiempos de regreso al desempeño presencial. Antes de que se consumiera aquel plazo, la Resolución de 19 de junio de 2020, de la Consejería de Presidencia, por la que se dictan instrucciones de carácter organizativo en materia de empleo público para la prevención de la COVID-19, prorroga hasta el 10 de septiembre de 2020 la regulación del teletrabajo para los grupos 4 y 5 de empleados públicos establecidos en la anterior Resolución de 12 de mayo; esto es, empleados que “precisen aplicar medidas de conciliación de la vida laboral y familiar como consecuencia de la pandemia” y “personas que puedan ser consideradas especialmente sensibles en relación a la infección de coronavirus SARS.COVID-2”. El ámbito de aplicación de esta resolución se extiende, al igual que el de la precedente, a todo el personal al servicio de la Administración del Principado de Asturias, sus organismos y entes públicos, con exclusión del personal al servicio de la Administración de Justicia del Principado de Asturias, del que preste servicios en centros e instituciones sanitarias del Servicio de Salud del Principado de Asturias, los docentes que presten servicios en centros educativos vinculados al calendario escolar o cualquier otro ámbito que tenga una normativa específica de aplicación distinta.

Lo anteriormente referido nos permite colegir que a la Administración se le presentó ya desde marzo de 2020 la necesidad de dotar de equipos informáticos para la prestación de servicios en régimen de teletrabajo, y que la misma fue confirmándose a medida que evolucionaba la pandemia, según acredita el contenido de las Resoluciones de 12 de mayo y 19 de junio antes citadas. Ante tal previsión se debería haber actuado con mayor diligencia, incoando un procedimiento ordinario para la contratación de los equipos necesarios de modo que la situación de emergencia hubiera podido ser evitada

por el órgano de contratación mediante una actuación eficiente. De haber recurrido al negociado sin publicidad por razones de imperiosa urgencia, contemplado en el artículo 168.b).1.º de la LCSP, el contrato habría podido celebrarse antes del 31 de agosto de 2020, fecha en la que se adjudica el que es objeto de la revisión de oficio sometida a nuestra consideración y que además se sitúa en un momento temporal en el que ya no concurría el estado de alarma, si bien permanecía vigente la norma especial (artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan Medidas Urgentes para responder al Impacto Económico del COVID-19) que habilitaba la contratación de emergencia para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas habilitadas para hacer frente al COVID-19. En suma, entendemos que no concurren en este caso todos los requisitos que justifican el recurso a la tramitación de emergencia y, por ello, analizaremos a continuación si el contrato incurre por tal causa en nulidad de pleno derecho.

Siendo la causa de nulidad invocada la omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, a la que se refiere el artículo 47.1.e) de la LPAC, hemos de comenzar por recordar que, como venimos señalando reiteradamente (por todos, Dictámenes Núm. 307/2016 y 279/2019), tal causa de nulidad comprende diversos supuestos: a) ausencia total de trámites o vía de hecho, b) elaboración del acto siguiendo un procedimiento distinto del que corresponde o c) vulneración de trámites esenciales.

En el caso que nos ocupa, y teniendo en cuenta los pronunciamientos judiciales en asuntos similares (por todos, Sentencias de la Audiencia Nacional de 17 de enero de 2020 -ECLI:ES:AN:2020:308-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª, y del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1996 -ECLI:ES:TS:1996:2432-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), entendemos que el acto de adjudicación del contrato incurre en causa de nulidad al haberse dictado prescindiendo de manera clara, ostensible y manifiesta del procedimiento legalmente establecido o, lo que es lo mismo,

empleando un procedimiento -el de la tramitación de emergencia- distinto del legalmente exigible atendidas las circunstancias concurrentes, habida cuenta de que el suministro de los equipos podría haberse obtenido, en el mismo contexto de dificultad y en idéntico plazo, de haber actuado la Administración con mayor diligencia, incoando y tramitando con más antelación un procedimiento de tramitación urgente para la satisfacción de las necesidades que venían siendo conocidas desde mucho antes del mes de agosto de 2020.

Constatado el vicio de nulidad, resta examinar la eventual concurrencia de los límites a la potestad de revisión que consagra el artículo 110 de la LPAC, apreciándose que la anulación del acto favorable no vulnera, en este caso, ninguno de los principios allí consagrados.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 42 de la LCSP; regulación que constituye aquí el cauce legal específico para garantizar los derechos de quien hubiera prestado servicios a la Administración en unas condiciones como las examinadas. El artículo citado prescribe que la “declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”.

En el supuesto planteado, la Instructora del procedimiento propone liquidar el contrato según el importe de la factura a la que se ha prestado conformidad, al tiempo que excluye tanto la existencia de indemnización por daños y perjuicios como la detracción del beneficio industrial; extremos que se estiman justificados en la medida en que existe conformidad con el precio facturado, que se ajusta al precio de mercado, y no se aprecia en ninguna de las partes un propósito de sustraer interesadamente el negocio a la libre concurrencia.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede revisar de oficio y declarar la nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación a, del contrato de suministro de ordenadores portátiles, por el procedimiento de emergencia.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.