

## UNA NUEVA REGULACIÓN EUROPEA ESPECÍFICA DE LOS CONTRATOS EN MATERIA DE DEFENSA Y SEGURIDAD

(La reciente Directiva 2009/81/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE)

Por Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández  
*Coronel Auditor*

### SUMARIO

I.- Introducción: Marco jurídico general de referencia en el ámbito de la Unión europea anterior a la nueva Directiva 2009/81/CE. II.- La nueva Directiva 2009/81/CE. 1. Ámbito de aplicación. 2. La seguridad de la información. 3. La seguridad del abastecimiento. 4. Procedimientos de contratación aplicables: Consideración especial de los casos en que se considera justificado el uso del procedimiento negociado sin publicidad. 4.1. El procedimiento restringido. 4.2. El Procedimiento negociado con publicidad. 4.3. El Diálogo competitivo. 4.4. El procedimiento negociado sin publicación del anuncio de licitación.

### I. INTRODUCCIÓN: MARCO JURÍDICO GENERAL DE REFERENCIA EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA ANTERIOR A LA NUEVA DIRECTIVA 2009/81/CE

Como es sabido, la Directiva 2004/18/CE<sup>1</sup>, sobre contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en adelante, Directiva de contratos

---

<sup>1</sup> Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

públicos se aplicaba a los contratos públicos licitados por poderes adjudicadores en el ámbito de la defensa, porque, en principio, este ámbito no estaba excluido *in toto* de las normas del mercado interior. De ahí que su artículo 10 la declare expresamente aplicable *a los contratos públicos adjudicados por los poderes adjudicadores en el sector de la defensa, a reserva del artículo 296 del Tratado*.

Lo que existía era solo una previsión de reserva de excepción del régimen ordinario, en principio genérica, pero que jurisprudencialmente se ha ido perfilando mucho en los últimos años, recogida en el artículo 296 del Tratado CE.

Este precepto establece que:

*1) Las disposiciones del presente Tratado no obstarán a las normas siguientes:*

*a) Ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad;*

*b) Todo Estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares.*

*2) El Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, podrá introducir modificaciones en la lista, que estableció el 15 de abril de 1958, de los productos sujetos a las disposiciones de la letra b) del apartado 1.*

Por tanto, la exención de los contratos públicos de defensa de las normas del mercado interior es una medida relacionada con el comercio de armas, municiones y material de guerra, por lo que su base jurídica es el artículo 296, apartado 1, letra b), del Tratado CE. Los Estados miembros pueden recurrir a esta exención para la adjudicación de contratos de defensa, a condición de que se cumplan las condiciones establecidas en el Tratado, tal y como las interpreta el Tribunal de Justicia. Al mismo tiempo, el ámbito de aplicación del artículo 296, apartado 1, letra b), del Tratado CE está limitado por el concepto de «intereses esenciales de su seguridad» y por la lista de material militar mencionada en el apartado 2 del mismo artículo.

El referido artículo autoriza a los Estados miembros a introducir excepciones a la normativa comunitaria para contratos de armas, municiones y material de guerra, si afecta a los intereses esenciales de su seguridad. En cambio, los contratos sobre productos que no sean armas, municiones o

material de guerra, así como los de armas, municiones y material de guerra que no afecten a intereses esenciales de la seguridad de un Estado miembro, se regían por la normativa general comunitaria.

No obstante, dado que el concepto de intereses esenciales de seguridad es, en principio, indeterminado, la aplicación del artículo 296 ha sido siempre muy difícil. De conformidad con el apartado 2 de dicho artículo, el Consejo estableció en 1958 una lista de armas, municiones y material de guerra a los que se aplica en principio la excepción. Sin embargo, esta lista es genérica, y, por tanto, tampoco sirve para aclarar siempre qué normativa debe aplicarse a los distintos contratos de defensa.

Además, informa Balado que esta lista, fijada por Decisión del Consejo número 225/1958, de 31 de marzo, no ha sido modificada desde entonces, por lo que no se encuentra en armonía con la legislación actualmente vigente en muchos Estados miembros, así como con las necesidades que presenta hoy día la defensa<sup>2</sup>.

Por una parte, el material no bélico no está incluido en la lista basada en el artículo 296 y, normalmente, no afecta a intereses esenciales de seguridad. Por tanto, se aplicaba la Directiva de contratos públicos.

Por otra parte, el material de defensa muy sensible está incluido en la lista de 1958 y afecta claramente a intereses esenciales de seguridad; en estos casos, el recurso al artículo 296 es legítimo.

Sin embargo, los Estados miembros también adquieren material que presenta las características específicas del material de defensa, pero que no es, necesariamente, esencial para sus intereses de seguridad. Esta categoría configura una importante *zona gris*, en la que el recurso al artículo 296 es menos evidente.

En general, se admite que la fragmentación de las normativas nacionales sobre contratación pública y su aplicación práctica limitan la transparencia y la competencia en los mercados de defensa, lo que, a su vez, incide negativamente en la eficiencia del gasto público, en la capacidad militar de los Estados miembros y, en definitiva, en la competitividad de la base industrial y tecnológica europea del sector de la defensa.

Ya en 11 de marzo de 2003<sup>3</sup> la Comisión Europea propuso iniciar una reflexión sobre el modo de optimizar la adquisición de defensa a escala

---

<sup>2</sup> Balado Ruiz-Gállegos. *Industria y Defensa Nacional. Estudio Jurídico-Administrativo*. Ministerio de Defensa. Madrid. 1989. Pág. 167.

<sup>3</sup> En la quinta Propuesta, del Apartado 5 que recoge la Conclusión, de la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, COM (2003) 113 final, sobre Defensa Europea-Cuestiones Industriales y de Mercado-Hacia una Política de la UE en materia de equipo de defensa.

nacional y de la UE. A tal efecto, en este documento la Comisión se comprometía a publicar antes del final de 2003 una comunicación interpretativa sobre las implicaciones de las importantes sentencias judiciales dictadas en los últimos años, especialmente relevantes para ayudar a definir el ámbito de aplicación del artículo 296. También se proponía trabajar en un Libro Verde que sirviese como base para el debate entre las partes interesadas.

De enero a abril de 2004, la Comisión Europea organizó varias discusiones con expertos gubernamentales y representantes de la industria, a fin de obtener información técnica para preparar el Libro Verde y conocer las expectativas de las diversas partes interesadas.

El 23 de septiembre de 2004, la Comisión adoptó el citado Libro Verde y puso en marcha la consulta pública, invitando a todas las partes interesadas a hacer observaciones sobre cómo mejorar la normativa de la UE en materia de contratos públicos de defensa. El referido Libro presentó propuestas para los segmentos de mercado a los que no se aplica el artículo 296 y que se rigen, por tanto, por la normativa comunitaria.

La Comisión propuso dos posibles iniciativas comunitarias:

- Una comunicación interpretativa que clarifique la legislación vigente y, en especial, los principios que deben regir el uso de la excepción prevista en el artículo 296.
- Una directiva con nuevas normas, más flexibles, para los contratos públicos de armas, municiones y material de guerra que no afecten a intereses esenciales de seguridad. Tales normas deben tener en cuenta todas las particularidades de dichos contratos de defensa.

Las dos soluciones se presentaron como no mutuamente excluyentes.

Además, la Comisión dejó claro que, en cada posible situación, los Estados miembros siempre conservaban el derecho a invocar el artículo 296 si se cumplen estrictamente las condiciones establecidas en el Tratado.

Asimismo, ambas opciones únicamente se aplican a los contratos públicos de defensa adjudicados por las autoridades nacionales dentro del mercado interior europeo. El comercio de armas con terceros países continúa regulado por la normativa de la OMC y, en especial por el artículo XXIII del Acuerdo sobre Contratación Pública, que permite a sus miembros introducir excepciones al Acuerdo cuando estén en juego intereses esenciales de seguridad.

Por otra parte, la Comisión afirma que sigue con gran interés el Código de conducta preparado por la Agencia Europea de Defensa. Este Código, de aplicación voluntaria y no vinculante, pretende también aumentar la transparencia y la competencia en un segmento diferente del

mercado, ya que se aplica cuando tiene vigencia el artículo 296 y puede resultar útil como complemento de las iniciativas adoptadas a escala comunitaria<sup>4</sup>.

En consecuencia y de cuanto hasta ahora ha quedado expuesto, cabe inferir el siguiente esquema, o marco jurídico general de referencia, aplicable en la actualidad a los contratos del sector de defensa licitados por poderes adjudicadores de países miembros de la Unión Europea:

- Contratos con terceros países fuera del mercado interior de la UE.
- Contratos incluidos en el mercado interior de la UE y sujetos a la Directiva de contratos públicos por no resultarles de aplicación el artículo 296 del Tratado CE
- Contratos incluidos en el mercado interior de la UE pero no sujetos a la Directiva de contratos públicos por resultarles de aplicación el artículo 296 del Tratado CE. A estos contratos les resulta de aplicación el denominado Régimen intergubernamental para promover la competencia en el mercado europeo de equipos de la defensa (comúnmente llamado Código de conducta de la Agencia Europea de Defensa (AED) y, por ende, de los contratos a los que se aplique dicho régimen para la adquisición de material de defensa.

## II. LA NUEVA DIRECTIVA 2009/81/CE

En el Diario Oficial de la Unión Europea de 20 de agosto de 2009 (L 216/76) se ha publicado esta nueva Directiva, aún pendiente de transposición al Derecho interno español, pero susceptible, no obstante, de unos primeros comentarios al hilo de las siguientes líneas.

### 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El Artículo 2 comienza estableciendo que:

*De conformidad con los artículos 30, 45, 46, 55 y 296 del Tratado, la presente Directiva será de aplicación a los contratos celebrados en el ámbito de la defensa y la seguridad que tengan por objeto:*

---

<sup>4</sup> Sobre esta materia cfr. Fernández-Pineyro Hernández, Emilio. Nuevos actores y reglas de juego. La incipiente política europea de armamento. En VV.AA. «La industria y la tecnología en la política europea de seguridad y defensa». Monografías del CESEDEN. Págs. 55 a 86. Ministerio de Defensa (SGT). Madrid, marzo 2008.

- a) el suministro<sup>5</sup> de equipos militares<sup>6</sup>, incluidos las piezas, componentes y/o subunidades de los mismos;
- b) el suministro de equipos sensibles<sup>7</sup>, incluidos las piezas, componentes y/o subunidades de los mismos;
- c) obras, suministros y servicios directamente relacionados con los equipos mencionados en las letras a) y b) para el conjunto de los elementos de su ciclo de vida;
- d) obras y servicios con fines específicamente militares, u obras y servicios sensibles.

Por su parte, el artículo 3, en sede de Contratos mixtos, añade que:

*1. Un contrato que tenga por objeto obras, suministros o servicios que entren dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva y, en parte, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17/CE o la Directiva 2004/18/CE, se adjudicará de conformidad con la presente Directiva, siempre que la adjudicación de un contrato único se justifique por razones objetivas.*

*2. La adjudicación de un contrato que tenga por objeto obras, suministros o servicios que en parte entren dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva, no estando la otra parte sujeta a la presente Directiva, ni a la Directiva 2004/17/CE o a la Directiva 2004/18/CE, no estará sujeta a la presente Directiva a condición de que la adjudicación de un contrato único esté justificada por razones objetivas*

*3. No obstante, la decisión de adjudicar un contrato único no podrá tomarse con el fin de excluir los contratos de la aplicación de la presente Directiva o de las Directivas 2004/17/CE o 2004/18/CE.*

Ahora bien, para acotar bien el verdadero ámbito de aplicación del nuevo instrumento normativo que estudiamos no debe perderse de vista que, como la propia Directiva dice en sus Considerandos 16 y 17:

---

<sup>5</sup> El Artículo 1 de la Directiva dedicado a definiciones considera como contratos de suministros los que no sean contratos de obras cuyo objeto sea la compra de productos, su arrendamiento financiero, su arrendamiento o su compra a plazos, con o sin opción de compra.

Asimismo, un contrato cuyo objeto sea el suministro de productos y que cubra también, de forma accesoria, operaciones de colocación e instalación, se considerará de suministros.

<sup>6</sup> «Equipo militar» es el equipo específicamente diseñado o adaptado para fines militares destinado a ser utilizado como armas, municiones o material de guerra.

<sup>7</sup> «Equipo sensible», «obras sensibles» y «servicios sensibles» son: el equipo, las obras y los servicios con fines de seguridad que impliquen, requieran y/o contengan información clasificada.

*En sus artículos 30, 45, 46, 55 y 296. el Tratado prevé excepciones específicas a la aplicación de los principios que enuncia y, en consecuencia, a la aplicación del Derecho derivado de ellos. De lo anterior se desprende que ninguna disposición de la presente Directiva debe impedir que se impongan o apliquen las medidas que resulten necesarias para salvaguardar los intereses cuya legitimidad esté reconocida por las citadas disposiciones del Tratado*

*Esto significa, en particular, que la adjudicación de los contratos que entren dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva puede quedar exenta de esta última si ello se justifica por razones de seguridad pública o que sean necesarias para la protección de los intereses esenciales de seguridad de un Estado miembro. Ese puede ser el caso de los contratos en los ámbitos de la defensa y la seguridad que requieran unos requisitos en materia de seguridad del abastecimiento de un grado de exigencia tal o que sean tan confidenciales y/o importantes para la soberanía nacional que incluso las disposiciones específicas de la presente Directiva no sean suficientes para salvaguardar los intereses esenciales de seguridad de los Estados miembros, cuya definición es responsabilidad exclusiva de los Estados miembros.*

*No obstante, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, conviene interpretar la posibilidad de recurrir a dichas excepciones de forma que sus efectos no vayan más allá de lo estrictamente necesario para la protección de los intereses legítimos que los referidos artículos del Tratado permiten salvaguardar. Por ello la inaplicación de la presente Directiva debe, a un tiempo, ser proporcional a los objetivos perseguidos y constituir el medio que menos obstaculice la libre circulación de mercancías y la de prestación de servicios.*

Además, también hay que tener en cuenta los límites en la aplicación de esta Directiva derivados de los importes previstos como umbrales de los contratos en su Artículo 8, de la exclusión de los contratos cuya adjudicación se rija por normas internacionales, prevista en su Artículo 12 y de la lista de exclusiones específicas, contenida en el Artículo 13.

A tales efectos, el Artículo 8 determina que:

*La presente Directiva se aplicará a los contratos cuyo valor estimado, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido (IVA), sea igual o superior a los umbrales siguientes:*

- a) 412.000 EUR, respecto de los contratos de suministro y de servicios;*
- b) 5.150.000 EUR, respecto de los contratos de obras.*

Por su parte el Artículo 12 dice:

*La presente Directiva no se aplicará a los contratos regulados por reglas específicas de procedimiento:*

- a) con arreglo a un acuerdo o régimen internacional, celebrado entre uno o más Estados miembros y uno o varios terceros países*
- b) con arreglo a un acuerdo o régimen internacional ya celebrado, en relación con el estacionamiento de tropas y que se refiera a empresas de un Estado miembro o de un tercer país*
- c) de una organización internacional que compre para sus fines o a los contratos que deben ser concedidos por un Estado miembro de conformidad con esas reglas.*

Finalmente, el Artículo 13, recoge las siguientes excepciones expresas a lo que constituye el específico ámbito de aplicación de la Directiva 2009/81/CE:

- a) los contratos para los que la aplicación de las reglas de la presente Directiva obligaría a un Estado miembro a suministrar información cuya revelación se considera contraria a los intereses esenciales de su seguridad*
- b) los contratos destinados a actividades de inteligencia*
- c) los contratos adjudicados en el marco de un programa cooperativo basado en investigación y desarrollo, llevado a cabo conjuntamente por al menos dos Estados miembros para el desarrollo de un nuevo producto y, si procede, las fases posteriores para todo el ciclo de vida de ese producto o partes de dicho ciclo. En la conclusión de tal programa cooperativo entre Estados miembros solamente, los Estados miembros indicarán a la Comisión la parte de gastos de investigación y desarrollo en relación con el coste global del programa cooperativo, el acuerdo de reparto de gastos así como la parte prevista de compras por Estado miembro, de haberlas*
- d) los contratos adjudicados en un tercer país, también para compras civiles, llevadas a cabo cuando las fuerzas están desplegadas fuera del territorio de la Unión, cuando las necesidades operativas requieran que se concluyan con operadores económicos situados en el campo de operaciones*
- e) los contratos de servicios cuyo objeto sea la adquisición o el arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles, o relativos*

- a derechos sobre estos bienes*
- f) *los contratos adjudicados por un Gobierno a otro Gobierno relativos a:*
    - i) *el suministro de equipo militar o equipo sensible, o ii) los trabajos y servicios ligados directamente a tal equipo, o iii) los trabajos y servicios específicamente con fines militares, o los trabajos sensibles y los servicios sensibles;*
    - g) *los servicios de arbitraje y de conciliación*
    - h) *los servicios financieros, con excepción de los servicios de seguro*
    - i) *los contratos de trabajo*
    - j) *los servicios de investigación y de desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente a la entidad o poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que la entidad o el poder adjudicador remunere totalmente la prestación del servicio.*

Y para ultimar esta primera aproximación al ámbito de aplicación de esta nueva Directiva, hay que reparar en su incidencia en la Directiva 2004/18/CE general sobre contratación pública que su Artículo 71 concreta dando la siguiente nueva redacción el Artículo 10 de aquélla:

### ***Contratos en los Sectores de la defensa y la seguridad***

*Sin perjuicio del artículo 296 del Tratado, la presente Directiva se aplicará a los contratos públicos adjudicados en los sectores de la defensa y de la seguridad, salvedad hecha de aquellos a los que sea aplicable la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad. La presente Directiva no se aplicará a los contratos a los que no se aplique la Directiva 2009/81/CE, ni a los contratos a los que esta última no se aplique en virtud de los artículos 8, 12 y 13 de la misma.*

## **2. LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN**

Con el fin de garantizar la seguridad de la información, el Considerando 43 de la Directiva explica que *las entidades o poderes adjudicado-*

*res pueden exigir, en particular, un compromiso tanto de los contratistas como de los subcontratistas de proteger la información clasificada contra el acceso no autorizado, y pueden pedirles información suficiente sobre su capacidad para hacerlo. En ausencia de un régimen comunitario en materia de seguridad de la información, corresponde a las entidades o poderes adjudicadores o a los Estados miembros definir estos requisitos de conformidad con sus legislaciones y normativas nacionales, así como determinar si consideran que las habilitaciones de seguridad expedidas con arreglo a la legislación nacional de otro Estado miembro son equivalentes a las expedidas por sus propias autoridades competentes.*

Consecuentemente, el Artículo 22 determina que:

*Cuando se trate de contratos que supongan el uso de información clasificada, o requieran o comporten tal información, la entidad o el poder adjudicador especificará en la documentación del contrato (los anuncios de licitación, el pliego de condiciones, los documentos descriptivos o los documentos de apoyo) las medidas y exigencias necesarias para garantizar la seguridad de esa información al nivel requerido.*

A tal fin, la entidad o el poder adjudicador podrá exigir que la oferta incluya, entre otras cosas, lo siguiente:

*a) el compromiso del licitador y de los subcontratistas ya identificados de salvaguardar adecuadamente la confidencialidad de toda la información clasificada que posean o que llegue a su conocimiento a lo largo de la duración del contrato y después de la terminación o de la conclusión del contrato, de conformidad con las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas pertinentes*

*b) el compromiso del licitador de obtener el compromiso establecido en la letra a) de los otros subcontratistas a los que subcontrate durante la ejecución del contrato*

*c) información suficiente sobre los subcontratistas ya identificados que permita a la entidad o poder adjudicador determinar si cada uno de ellos posee la capacidad necesaria para salvaguardar adecuadamente la confidencialidad de la información clasificada a la que tengan acceso o que vayan a generar con motivo de la realización de sus actividades de subcontratación*

*d) el compromiso del licitador de presentar la información requerida en la letra c) sobre los nuevos subcontratistas antes de adjudicarles un subcontrato.*

*A falta de armonización a escala comunitaria de los sistemas nacionales de acreditación de seguridad, los Estados miembros podrán disponer que las medidas y los requisitos a que se refiere el párrafo segundo cum-*

*plan con sus disposiciones nacionales en materia de acreditación de seguridad. Los Estados miembros reconocerán las habilitaciones de seguridad que consideren equivalentes a las expedidas de acuerdo con su legislación nacional, a pesar de la posibilidad de llevar a cabo y tener en cuenta ulteriores investigaciones propias si se consideran necesarias.*

### 3. LA SEGURIDAD DEL ABASTECIMIENTO

Según el Considerando 44 de la nueva Directiva, *la seguridad del abastecimiento puede implicar una gran variedad de exigencias, incluidas, por ejemplo, las normas internas de la empresa entre filial y matriz en relación con los derechos de propiedad intelectual o la prestación de capacidades críticas como el servicio, el mantenimiento y la revisión, con objeto de garantizar el apoyo de un equipo adquirido a lo largo de su ciclo de vida.*

Por ello, el Artículo 23 prevé que:

*La entidad o el poder adjudicador especificará en la documentación del contrato (los anuncios de licitación, el pliego de condiciones, los documentos descriptivos o los documentos de apoyo) sus exigencias en materia de seguridad de abastecimiento.*

*A tal fin, la entidad o el poder adjudicador podrá exigir que la oferta incluya, entre otras cosas, lo siguiente:*

*a) el certificado o la documentación que demuestren a satisfacción de la entidad o poder adjudicador que el licitador podrá cumplir las obligaciones en materia de exportación, traslado y tránsito de mercancías vinculadas al contrato, incluida cualquier documentación suplementaria recibida del Estado o Estados miembros afectados*

*b) la indicación de toda restricción de la entidad o poder adjudicador en relación con la divulgación, la transferencia o el uso de los productos y servicios o de cualquier resultado de esos productos y servicios, que resultara del control de las exportaciones o las medidas de seguridad*

*c) certificado o documentación que demuestre que la organización y localización de la cadena de abastecimiento del licitador le permitirán atenerse a las exigencias de la entidad o poder adjudicador en materia de seguridad del abastecimiento que figuren en el pliego de condiciones, y el compromiso de garantizar que los posibles cambios en su cadena de suministro durante la ejecución del contrato no afectarán negativamente al cumplimiento de esas exigencias*

*d) el compromiso del licitador de crear y/o mantener la capacidad exigida para hacer frente a cualquier posible aumento de las necesidades*

*de la entidad o poder adjudicador a raíz de una situación de crisis en los términos y condiciones que se acuerden*

*e) toda documentación complementaria recibida de las autoridades nacionales del licitador en relación con el cumplimiento de cualquier aumento de las necesidades de la entidad o poder adjudicador que pudiera producirse a raíz de una crisis*

*f) el compromiso del licitador de llevar a cabo el mantenimiento, la modernización o las adaptaciones de los suministros objeto del contrato*

*g) el compromiso del licitador de informar a la entidad o poder adjudicador a tiempo de cualquier cambio registrado en su organización, en su cadena de abastecimiento o su estrategia industrial que pudiera afectar a sus obligaciones frente a la entidad o poder adjudicador*

*h) el compromiso del licitador de facilitar a la entidad o poder adjudicador, de acuerdo con los términos y condiciones que se acuerden, todos los medios específicos necesarios para la producción de piezas de repuesto, componentes, conjuntos y equipos para pruebas especiales, incluidos los dibujos técnicos, las licencias y las instrucciones de uso, en el caso de que ya no sea capaz de proporcionar este tipo de suministro.*

*No se exigirá a un licitador que obtenga un compromiso de un Estado miembro, que pudiera perjudicar la libertad de ese Estado miembro de aplicar, de acuerdo con la legislación internacional o comunitaria pertinente, sus criterios nacionales de concesión de licencias de exportación traslado o tránsito en las circunstancias que prevalezcan en el momento de tal decisión de concesión de licencias.*

#### 4. PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN APLICABLES: CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LOS CASOS EN QUE SE CONSIDERA JUSTIFICADO EL USO DEL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD

Los contratos de obras, de suministro y de servicios en los ámbitos de la defensa y la seguridad se caracterizan por sus particulares exigencias en términos de complejidad, o, como ya hemos visto, de seguridad de la información o del abastecimiento.

Satisfacer tales necesidades suele requerir intensas negociaciones durante el procedimiento de adjudicación del contrato. De ahí que, a efectos de estos contratos, el Artículo 25 de la Directiva prevea que las entidades o poderes adjudicadores pueden emplear, además del procedimiento restringido, el procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación y, en los casos y circunstancias específicos previstos expresamente

en el artículo 28, el procedimiento negociado sin publicación del anuncio de licitación.

Por otra parte, a las entidades o poderes adjudicadores que ejecuten proyectos particularmente complejos puede resultarles objetivamente imposible, sin que por ello se les pueda criticar, definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones técnicas, financieras y jurídicas que pueda ofrecer el mercado.

Esta situación puede presentarse, en particular, en la ejecución de proyectos que supongan la integración o la combinación de múltiples capacidades tecnológicas u operativas, o de proyectos que requieran financiación compleja y estructurada, cuyo montaje financiero y jurídico no sea posible definir con antelación.

Por eso, antes del lanzamiento de un procedimiento de adjudicación de un contrato, las entidades o poderes adjudicadores pueden, mediante un diálogo técnico, solicitar o aceptar asesoramiento que podrá utilizarse para determinar el pliego de condiciones, siempre que dicho asesoramiento no tenga como efecto impedir la competencia.

En tal caso, el recurso al procedimiento restringido o al procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación no sería viable, al no ser posible definir el contrato con la suficiente precisión para permitir a los candidatos formular sus ofertas.

Consecuentemente y como más adelante se analiza, el artículo 25 de la Directiva establece que, en las circunstancias señaladas en el artículo 27, podrán adjudicarse los contratos mediante el diálogo competitivo.

#### **4.1. El procedimiento restringido**

A este procedimiento le resultan aplicables los procedimientos nacionales de contratación, adaptados a la presente Directiva, pues así se lo autoriza expresamente su artículo 25 a las entidades o poderes adjudicadores, por lo que basta con añadir aquí que se podrán limitar el número de candidatos en función de criterios objetivos indicados en el anuncio de licitación.

#### **4.2. El Procedimiento negociado con publicidad**

A la vista de previsto por el artículo 26 de la Directiva, solo interesa recordar ahora

- a) Que durante la negociación, las entidades o poderes adjudicadores velarán por que todos los licitadores reciban igual trato,
- b) Que no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto y
- c) Que, advirtiendo en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones si se va, o no, a hacer uso de esta facultad, podrán establecer que el procedimiento se desarrolle en fases sucesivas, a fin de reducir el número de ofertas que haya que negociar aplicando los criterios de adjudicación fijados en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones.

### **4.3. El Diálogo competitivo**

Por las razones anteriormente mencionadas, el artículo 27 de la Directiva no deja de recurrir a un procedimiento flexible que preserve, a un tiempo, la competencia entre operadores económicos y la necesidad de las entidades o poderes adjudicadores de discutir con cada candidato todos los aspectos del contrato.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es el carácter residual de este procedimiento en relación con el restringido y el negociado con publicidad. Así lo establece el apartado 1 del mencionado artículo 27 cuando prevé la posibilidad de usarlo por parte de los Estados miembros *en el caso de contratos particularmente complejos, cuando la entidad o el poder adjudicador considere que el uso del procedimiento restringido o del procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación no permitirá adjudicar el contrato.*

No obstante, no se debe recurrir a este procedimiento de manera que se restrinja o falsee la competencia, especialmente mediante modificaciones de elementos fundamentales de las ofertas, imponiendo nuevos elementos sustanciales al licitador seleccionado, o implicando a un licitador distinto del que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa.

Además, el tan citado artículo 27 insiste en que *durante el diálogo, las entidades o poderes adjudicadores darán un trato igual a todos los licitadores. En particular no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto y en que Las entidades o poderes adjudicadores no podrán revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que este les comunique sin previo acuerdo de este.*

Finalmente y al igual que en los procedimientos negociados con publicación de un anuncio de licitación, en el diálogo competitivo, habida cuenta de la flexibilidad que puede resultar necesaria y de los excesivos costes vinculados a dichos métodos de adjudicación de contratos, conviene permitir a las entidades o poderes adjudicadores que prevean el desarrollo del procedimiento en fases sucesivas, de forma que se reduzca progresivamente, de acuerdo con criterios de adjudicación previamente indicados, el número de ofertas que seguirán negociando o discutiendo. Esta reducción debe garantizar una competencia real, siempre que lo permita el número de soluciones o de candidatos adecuados.

De ahí que el artículo 27.4 también prevea que *Las entidades o poderes adjudicadores podrán establecer que el procedimiento se desarrolle en fases sucesivas a fin de reducir el número de soluciones que hayan de examinarse durante la fase del diálogo, aplicando los criterios de adjudicación fijados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo. En el anuncio de licitación o en el documento descriptivo se indicará si se va a hacer uso de esta facultad.*

#### **4.4. El procedimiento negociado sin publicación del anuncio de licitación**

Determinadas circunstancias excepcionales podrían hacer imposible o totalmente inadecuado el recurso a un procedimiento con publicación de un anuncio de licitación. Resulta, pues, oportuno que las entidades o poderes adjudicadores puedan recurrir, en algunos casos y circunstancias muy concretas, al procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación.

Como es sabido, en nuestro derecho positivo y con carácter general para todos los contratos del sector público, podrán adjudicarse por procedimiento negociado sin publicidad:

**Con carácter general:**

- 1) Cuando quede desierta la adjudicación tramitada por procedimiento abierto o restringido (*LCSP, 154c*)
- 2) Cuando, por **razones técnicas o artísticas**, o por motivos relacionados con la protección de **derecho de exclusiva**, el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado. (*LCSP, 154d*)
- 3) Cuando exista **imperiosa urgencia**, resultante de acontecimientos imprevisibles y no imputables al órgano de contratación. (*LCSP, 154e*)

- 4) Cuando el contrato haya sido declarado **secreto o reservado**, su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales o lo exija la protección de los intereses de la seguridad del Estado y así se haya declarado. (LCSP, 154f)
- 5) Cuando se trate de contratos incluidos en el ámbito del **artículo 296 del Tratado Constitutivo** de la Comunidad Europea: «*producción o comercio de armas, munición y material de guerra*». (LCSP, 154g)
- 6) Cuando su valor estimado sea **inferior a 100.000 euros**. (LCSP, 159).

Se trata este último de un supuesto de contrato no sujeto a regulación armonizada, en razón de su cuantía, que habrá de calcularse, conforme a lo dispuesto en el art. 76 de la LCSP, por el importe total del contrato, sin incluir IVA.

Hay que recordar aquí que, de modo singular, la Ley también establece que, si la cuantía del contrato excede de 60.000 euros, deberá anunciarse el procedimiento en el *BOE* (art. 126.1), conforme exige el art. 161.2, publicación que podrá ser sustituida por la de los diarios o boletines oficiales respectivos cuando se trate de contratos de las CC.AA., entidades locales u organismos o entidades de derecho público dependientes de las mismas.

Como el anuncio de estos procedimientos debe publicarse en el perfil de contratante, esta publicidad podrá sustituir a la que deba efectuarse en el *BOE* o en los diarios oficiales autonómicos o provinciales, por así disponerlo de modo expreso el art. 126.4 de la LCSP.

Además, en los **contratos de obras**:

- 1) Cuando se trate de **obras complementarias** que no figuren en el proyecto ni en el contrato pero que resulten necesarias por circunstancias **imprevistas**. (LCSP, 155b)
- 2) Cuando las obras consistan en **la repetición de otras similares** adjudicadas por procedimiento abierto o restringido al mismo contratista. Sólo se podrá recurrir a este procedimiento durante un período de tres años. (LCSP, 155c)
- 3) Cuando su valor estimado sea **inferior a un millón de euros**. (LCSP, 155d)

En los de **gestión de servicios públicos**:

- 1) Cuando **no sea posible promover concurrencia** en la oferta. (LCSP, 156a)
- 2) Cuando el presupuesto de **gastos de primer establecimiento se prevea inferior a 500.000 euros** y su plazo de duración sea inferior a 5 años. (LCSP, 156b)

- 3) Los relativos a la prestación de *asistencia sanitaria, derivados de un Convenio* de colaboración entre las Administraciones Públicas o de un *contrato marco*, siempre que éste haya sido adjudicado con sujeción a las normas de esta ley. (LCSP, 156c)

En los de **suministro**

- 1) Cuando se trate de *bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español*, que se destinen a museos, archivos o bibliotecas. (LCSP, 157a)
- 2) Cuando los productos *se fabriquen exclusivamente para fines de investigación*, experimentación, estudio o desarrollo. (LCSP, 157b)
- 3) Cuando se trate *de entregas complementarias* que constituyan una reposición parcial o una ampliación de los suministros o instalaciones existentes, si el cambio de proveedor obligase a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o dificultades técnicas de uso y mantenimiento desproporcionadas. La duración de tales contratos, así como la de los contratos renovables, no podrá, por regla general, ser superior a 3 años. (LCSP, 157c)
- 4) Cuando se trate de la adquisición, en *mercados organizados* o bolsas de materias primas, de suministros que coticen en los mismos. (LCSP, 157d)
- 5) Cuando se trate de un *suministro concertado en condiciones especialmente ventajosas* con un proveedor que cese definitivamente en sus actividades comerciales, o con los administradores de un concurso, o a través de un acuerdo judicial o procedimiento análogo. (LCSP, 157e)
- 6) Cuando su valor estimado sea *inferior a 100.000 euros*. (LCSP, 157f)

En los **contratos de servicios**

- 1) Cuando se trate de *servicios complementarios* que no figuren en el proyecto ni en el contrato pero que resulten necesarios por circunstancias imprevistas. (LCSP, 158b)
- 2) Cuando los servicios consistan en la *repetición de otros similares* adjudicados por procedimiento abierto o restringido al mismo contratista. Únicamente se podrá recurrir a este procedimiento durante un período de 3 años, a partir de la formalización del contrato inicial. (LCSP, 158c)
- 3) Cuando el contrato en cuestión *sea la consecuencia de un concurso* y, con arreglo a las normas aplicables, existan varios ganadores, en cuyo caso se deberá invitar a todos ellos a participar en las negociaciones. (LCSP, 158d)
- 4) Cuando su valor estimado *sea inferior a 100.000 euros*. (LCSP, 158e)

Sobre la base de la regulación anterior, que sería de aplicación en lo que no se opusiera la legislación especial derivada de la trasposición a nuestro Derecho interno de la Directiva que examinamos, el artículo 28 de la misma incluye una regulación muy precisa de los casos en que cabe recurrir a este procedimiento de contratación.

Las circunstancias en que se inspira son parcialmente las mismas que las previstas en la Directiva 2004/18/CE y ya transpuestas a nuestra vigente Ley de Contratos del Sector Público, aunque teniendo muy presente que los equipos de defensa y de seguridad son con frecuencia técnicamente complejos.

Por consiguiente, en el caso de contratos de suministro para entregas adicionales, procede evaluar, a la luz de dicha complejidad y de las exigencias de interoperabilidad y de normalización de los equipos conexos, si la incompatibilidad y la desproporción de las dificultades técnicas de utilización y mantenimiento justifican el recurso al procedimiento negociado sin publicación. Este es el caso, por ejemplo, de la integración de nuevos componentes en sistemas existentes o de la modernización de estos sistemas.

Puede ocurrir que para determinadas compras dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva, solo un operador económico sea capaz de ejecutar el contrato, ya sea porque tiene la exclusividad de los derechos o por razones técnicas. En esos casos, se debe permitir a la entidad o poder adjudicador adjudicar contratos o acuerdos marco directamente a este único operador económico.

No obstante, las razones técnicas que explican por qué solo un operador económico puede ejecutar el contrato deben ser rigurosamente definidas y justificadas caso por caso. Pueden incluir, por ejemplo, la estricta imposibilidad técnica de que un candidato distinto del operador económico elegido logre los objetivos necesarios o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos, que solo un operador tiene a su disposición.

Eso puede ocurrir, por ejemplo, en el caso de la modificación o readaptación de equipos especialmente complejos. También pueden derivarse razones técnicas de requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad, que deben cumplirse a fin de garantizar el funcionamiento de las fuerzas armadas o las fuerzas de seguridad.

Además, la especificidad de los contratos sujetos a lo dispuesto en la Directiva que examinamos pone de manifiesto la necesidad de prever otras circunstancias que pueden presentarse en los sectores contemplados por la misma.

Así, las Fuerzas armadas de los Estados miembros pueden tener que intervenir con motivo de crisis fuera del territorio de la Unión Europea,

por ejemplo como parte de operaciones de mantenimiento de la paz. En el inicio o en el transcurso de tal intervención, la seguridad de los Estados miembros y de sus fuerzas armadas puede exigir la celebración de algunos contratos con una rapidez de actuación incompatible con los plazos habituales impuestos por los procedimientos de adjudicación previstos en la presente Directiva. Esta urgencia podría aplicarse igualmente a las necesidades de las fuerzas de seguridad, por ejemplo, en caso de ataque terrorista en el territorio de la Unión.

Consecuentemente, el artículo 28 de la Directiva 2009/81/CE que estudiamos autoriza expresamente el recurso a este procedimiento de contratación en los siguientes casos:

**1. Respecto de los contratos de obras, de suministro y de servicios**

*a) Cuando, tras haberse seguido un procedimiento restringido, un procedimiento negociado con publicación previa de un anuncio de licitación o un diálogo competitivo, no haya ninguna oferta, ninguna oferta adecuada o ninguna candidatura, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente y se facilite a la Comisión un informe si esta así lo solicita;*

*b) Cuando se presenten ofertas irregulares o cuando las ofertas presentadas resulten inaceptables según las disposiciones nacionales compatibles con lo dispuesto en los artículos 5, 19, 21 y 24 y en el capítulo VII del título II en respuesta a un procedimiento restringido, un proceso negociado con publicación o un diálogo competitivo, siempre que:*

*i) no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato, y*

*ii) se incluya en el procedimiento negociado a todos los licitadores, y solo a ellos, que cumplan los criterios contemplados en los artículos 39 a 46 y que, con ocasión del procedimiento restringido o del diálogo competitivo anterior, hayan presentado ofertas conformes con los requisitos formales del procedimiento de adjudicación;*

*c) Cuando la urgencia derivada de situaciones de crisis resulte incompatible con los plazos que requieren los procedimientos restringidos y negociados con publicación de un anuncio de licitación, incluidos los plazos abreviados mencionados en el artículo 33, apartado 7. Esto se aplicará, por ejemplo, en los casos mencionados en el artículo 23, párrafo segundo, letra d);*

*d) En la medida en que sea absolutamente necesario, cuando la urgencia imperiosa, consecuencia de hechos imprevisibles para las entidades o poderes adjudicadores en cuestión, no es compatible con los plazos exigidos para los procedimientos restringidos o negociados con publicación de*

*un anuncio de licitación, incluidos los plazos reducidos mencionados en el artículo 33, apartado 7. Las circunstancias alegadas para justificar la urgencia imperiosa no deberán en ningún caso ser imputables a las entidades o poderes adjudicadores;*

*e) Cuando, por razones técnicas o por razones relacionadas con la protección de derechos de exclusividad, el contrato solo pueda adjudicarse a un operador económico determinado.*

## **2. Respeto de los contratos de obras, de suministro y de servicios**

*a) Cuando se trate de servicios de investigación y desarrollo distintos de los mencionados en el artículo 13;*

*b) Cuando se trate de productos fabricados únicamente con fines de investigación y desarrollo, a excepción de la producción en serie destinada a determinar la viabilidad comercial del producto o a recuperar los costes de investigación y desarrollo.*

## **3. Respeto de los contratos de suministros**

*a) Entregas complementarias efectuadas por el proveedor inicial que constituyan bien una la renovación parcial de suministros o instalaciones de uso corriente, bien a la ampliación de los suministros o de instalaciones existentes, cuando un cambio de proveedor obligue a la entidad o poder adjudicador a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas;*

*La duración de tales contratos, así como la de los contratos renovables, no podrá ser superior a cinco años, salvo en circunstancias excepcionales que se determinarán teniendo en cuenta la vida útil esperada de los artículos, instalaciones o sistemas entregados y las dificultades técnicas que pueda ocasionar un cambio de proveedor;*

Este apartado atiende a criterios racionales de la propia contratación, por encima de principios que, como el de la libre competencia, deben conjugarse con el de la racionalidad y coincide con el artículo 157 letra c) de la Ley de Contratos del Sector Público salvo en el plazo máximo de duración de tales contratos que no podrá ser superior a tres años.

Como ya hemos indicado, regirá aquí el plazo máximo de cinco años ampliables excepcionalmente en virtud de la regla según la cual la norma especial que transponga esta Directiva específica primará sobre la general tratándose de la misma materia.

*b) Cuando se trate de suministros cotizados y comprados en un mercado de materias primas;*

Este párrafo es un trasunto de lo previsto en el repetido artículo 157, letra d) en este caso, de la Ley de Contratos del Sector Público que se in-

trojuo de acuerdo con el art. 31.2 c) de la Directiva 2004/18, para recoger la realidad de las adquisiciones efectuadas en mercados organizados, mercados de futuros y de opciones y bolsas de materias primas.

*c) Para la compra de suministros en condiciones especialmente ventajosas, ya sea a un proveedor que cese definitivamente en sus actividades comerciales, ya sea a síndicos o liquidadores tras una quiebra, un concordato judicial o un procedimiento de la misma naturaleza existente en las legislaciones o reglamentaciones nacionales.*

Este apartado, que también está en el artículo 157 e) de la LCSP, tiene su precedente en el art. 31.2 d) de la Directiva 2004/18, y pretende situar al sector público en igualdad de condiciones con otros compradores, a fin de que pueda beneficiarse de condiciones especialmente ventajosas para la adquisición de productos de un empresario que cese en sus actividades o mediante operaciones que puedan concertarse con la administración de un concurso, a través de un acuerdo judicial o un procedimiento de la misma naturaleza.

De otro modo, el sector público se vería en situación de clara desventaja si, para estas contrataciones, tiene que observar las formas y procedimientos normales de contratación previstos en la norma, pero conviene introducir las necesarias cautelas, principalmente en el supuesto de cese de actividades, dejando constancia en el expediente, a efectos de posible revisión, de las especiales condiciones de la contratación, en relación con las existentes en el mercado.

#### **4. Respeto de los contratos de obras y contratos de servicios**

*a) Con relación a aquellas obras o servicios complementarios que no figuren en el proyecto contemplado inicialmente ni en el contrato inicial y que, debido a una circunstancia imprevista, pasen a ser necesarios para la ejecución de la obra o de los servicios descritos en el contrato, siempre que la adjudicación recaiga en el operador económico que ejecute dicha obra o dicho servicio:*

- i) Cuando esas obras o servicios complementarios no puedan separarse del contrato inicial técnica o económicamente sin ocasionar grandes inconvenientes a las entidades o poderes adjudicadores, o*
- ii) Cuando dichas obras o servicios, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento.*

*No obstante, el importe acumulado de los contratos adjudicados para las obras o servicios complementarios no podrá ser superior al 50 % del importe del contrato inicial.*

b) En el caso de nuevas obras o servicios que consistan en la repetición de obras o servicios similares encargados al operador económico titular de

un contrato inicial adjudicado por las mismas entidades o los mismos poderes adjudicadores, con la condición de que dichas obras o dichos servicios se ajusten a un proyecto de base y que dicho proyecto haya sido objeto de un contrato inicial adjudicado según el procedimiento restringido, el procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación o el diálogo competitivo.

La posibilidad de hacer uso de este procedimiento estará indicada desde el inicio de la convocatoria de licitación del primer contrato y las entidades o poderes adjudicadores tendrán en cuenta el importe total previsto para la continuación de las obras o de los servicios a efectos de la aplicación del artículo 8.

Únicamente se podrá recurrir a este procedimiento durante un período de cinco años a partir de la celebración del contrato inicial, salvo en circunstancias excepcionales que se determinarán teniendo en cuenta la vida útil esperada de los artículos, instalaciones o sistemas entregados y las dificultades técnicas que pueda ocasionar un cambio de proveedor.

***5. Para los contratos relacionados con el suministro de servicios de transporte aéreo y marítimo para las fuerzas armadas o las fuerzas de seguridad de un Estado miembro, desplegadas o que se desplegarán en el exterior, cuando la entidad o el poder adjudicador debe adquirir este tipo de servicios de los operadores económicos que garantizan la validez de sus ofertas solo por períodos cortos de tiempo, tales que el plazo para el procedimiento restringido o el procedimiento negociado con publicación de un anuncio de contrato, incluida la reducción del plazo a que se refiere el artículo 33, apartado 7, no puedan cumplirse.***