

FORO DE ACTUALIDAD

UNIÓN EUROPEA

LA PRÓXIMA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SECTORIAL EN LOS ÁMBITOS DE LA DEFENSA Y LA SEGURIDAD

La próxima regulación de la contratación pública sectorial en los ámbitos de la defensa y la seguridad

El Proyecto de Ley de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad por el que se transpone 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, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, incorpora parcialmente a nuestra legislación el Paquete de Defensa. Las principales novedades introducidas por la Directiva y previstas por el Proyecto (en su versión actual) están vinculadas a la singularidad de los sectores de la defensa y la seguridad y se refieren a la exigencia de determinadas obligaciones en materia de seguridad de información, de garantía de abastecimiento, de transparencia en el procedimiento de la subcontratación y la flexibilización de algunos procedimientos de adjudicación y de sanciones de nulidad.

The future regulation of the public contracting in the fields of defence and security procurement

The Draft Law on contracts of the Public Sector in the fields of Defence and Security which transposes Directive 2009/81/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on the coordination of procedures for the award of certain works contracts, supply contracts and service contracts by contracting authorities or entities in the fields of defence and security, and amending Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC, brings the Defence Package, partially, into national Law. The basic new features introduced by the Directive and included in the draft law (in its current version) are linked to the singularity of the Defence and Security sectors, and referred to the requirement of some undertakings in relation to security of information, security of supply and transparency in the subcontracting process; it further provides some flexibility in the procurement process, as well as in some of the consequences of nullity.

El Paquete de Defensa

Compuesto por dos directivas y una comunicación de la Comisión, el coloquialmente conocido como «Paquete de Defensa» será objeto de transposición parcial, por medio del Proyecto de Ley de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (el «Proyecto de Ley» o el «Proyecto»), el cual, junto con la directiva de la que trae causa, analizamos en estas páginas. El Proyecto fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 15 de abril de 2011.

El Paquete de Defensa está formado por (i) la Comunicación de 5 de diciembre de 2007 de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre una estrategia para una industria europea de la defensa más sólida y competitiva (en adelante, la «COM (2007) 764 final»); (ii) la Directiva 2009/43/EC (en adelante, la «Direc-

tiva 2009/43/CE») del Parlamento Europeo y del Consejo sobre simplificación de los términos y condiciones de transferencias intracomunitarias de productos relacionados con la defensa, publicada en el DOUE n.º L 146 de 10 de junio de 2009 (las medidas derivadas de esta Directiva deberán aplicarse desde el 30 de junio de 2012); y (iii) la Directiva 2009/81/CE (en adelante, la «Directiva 2009/81/CE» o la «Directiva») 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, publicada en el DOUE n.º L 216, de 20 de agosto de 2009 (su plazo de transposición termina el 21 de agosto de 2011).

Así pues, antes de entrar a considerar la propuesta de transposición por parte de la Administración

española procede analizar, en primer lugar, el contenido de la *Directiva 2009/81/CE*.

El contenido de la *Directiva 2009/81/CE*

La Directiva constituye, en buena medida, la reacción de las instituciones comunitarias a la constatación de un «fracaso» en relación con la aplicación de la normativa en materia de contratación pública y a la consecuente necesidad de alcanzar una cierta solución de compromiso que satisficiera las diferentes posiciones e intereses en conflicto de los diferentes Estados miembros y de las instituciones comunitarias. Como explicaba a este respecto la Comisión Europea en su Comunicación interpretativa sobre la aplicación del artículo 296 del Tratado en el ámbito de los contratos públicos de defensa de 7 de diciembre de 2006 (en adelante, la «COM (2006) 779 final»), la *Directiva 2004/18/CE*, que recoge las normas generales de obligado cumplimiento en materia de contratación pública para el conjunto de la Unión Europea, «se considera inadecuada para numerosos contratos de defensa» por muchos de los Estados miembros, para los que dicha Directiva «no tiene en cuenta algunas características especiales de éstos».

La realidad era, más bien, que a muchos de los Estados miembros de la Unión Europea no les parecía conveniente someter los contratos que tuvieran que celebrarse en el sector de la defensa, o en materia de seguridad interior, a las normas generales de contratación pública recogidas en la *Directiva 2004/18/CE*, presididas por los principios de publicidad, concurrencia, no discriminación e igualdad de los licitadores, transparencia, etc. La reacción de estos Estados había sido, por lo general, inaplicar directamente las reglas y normas de esta Directiva de una manera más o menos justificada.

Uno de los mecanismos a los que acudieron diversos Estados para eximir la adjudicación de contratos relativos al sector de la defensa de las normas de adjudicación de la *Directiva 2004/18/CE* fue el de ampararse en la exención general que ofrecía el artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (reproducido en el actual artículo 346 del vigente Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)). No es éste lugar para extenderse en un comentario detallado del artículo 296 del Tratado, posiblemente uno de los artículos sobre los que más doctrina científica y más jurisprudencia comunitaria se han elaborado.

No obstante, dado que el ámbito de aplicación del artículo 346 TFUE determina, en buena medida, el propio ámbito de aplicación de la *Directiva 2009/81/CE*, el análisis de este último implica el del primero.

El ámbito de aplicación de la Directiva: la zona gris comprendida entre la exención del artículo 346 TFUE y el ámbito general de la Directiva 2004/18/CE

El artículo 346 TFUE, en su apartado 1.b), permite a los Estados miembros «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», sin que para ello sean óbice «las disposiciones del presente Tratado». Dicho con otras palabras: el artículo 346 TFUE permite que los Estados miembros se acojan a una exención en la aplicación de los principios y normas relativos, por ejemplo, al mercado interior comunitario (como serían las normas relativas a las libertades de circulación, las normas en materia de libre competencia y de contratación pública, etc.) en aquellos casos en los que concurran los presupuestos habilitantes previstos a tal efecto.

El ámbito de excepción al que puede prestar cobertura el artículo 346 TFUE resulta, así pues, bastante amplio y abarcaría numerosos campos en los que la normativa comunitaria podría ser válidamente inaplicada por los Estados miembros en los casos en los que concurran los presupuestos habilitantes necesarios. Esta exención, como se ha señalado, ha sido invocada y aplicada tradicionalmente por los Estados miembros para eximir, de la normativa comunitaria en materia de contratación pública, la adjudicación y celebración de contratos de adquisición de material militar o de equipos y productos de defensa o de seguridad.

En efecto, los Estados miembros de la Unión Europea (en especial aquellos que tienen industrias nacionales de defensa o políticas exteriores de defensa singularmente importantes) han sido muy reacios a la hora de aplicar, por ejemplo, las rigurosas normas en materia de transparencia de la contratación y de libre concurrencia de licitadores, que se derivan de la *Directiva 2004/18/CE*, a determinados contratos de adquisición o suministro de armamento o equipos, materiales y productos de defensa.

Sin embargo, en la inmensa mayoría de las ocasiones, los Estados miembros perdieron de vista o ignoraron abiertamente que una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas había introducido importantes restricciones a la posibilidad de recurrir válidamente a esta exención, limitando tal posibilidad a aquellos supuestos en los que: (i) la exención se pretendiera aplicar estrictamente en relación con equipos, materiales o productos de naturaleza armamentística y militar que aparecieran recogidos en el listado de la *Decisión n.º 255/58, del Consejo de Europa, de 15 de abril de 1958*; y, (ii) la contratación de dicho armamento o material militar —y, en consecuencia, la exención de los principios y normas de contratación pública que se pretenda aplicar— estuviera rigurosamente justificada en la protección de «*intereses de seguridad esenciales*» del Estado miembro.

En el caso de que estos dos requisitos no concurrieran, el recurso a la exención del artículo 296 del Tratado, a juicio del Tribunal de Justicia, no sería válido, debiendo aplicarse necesariamente las normas generales en materia de contratación pública. La aplicación estricta de esta doctrina conducía, sin embargo, a un resultado que la mayoría de los Estados miembros no estaban dispuestos a asumir. Para tratar de alcanzar una «solución de compromiso», pero también para tratar de encontrar medidas que ayudasen a fomentar la industria europea de defensa, la Comisión Europea se embarcó en una serie de consultas con los Estados miembros e instituciones, fruto de las cuales elaboró, por un lado, la COM (2006) 779 final y, por otro, la propuesta normativa que acabó dando lugar a la Directiva.

El ámbito de aplicación de la Directiva se extiende, por lo tanto, a aquellos contratos celebrados por los Estados miembros que tengan por objeto la contratación de obras, servicios o suministros relacionados con fines específicamente militares o con fines relacionados con la seguridad nacional, que no quedarían amparados por la exención del artículo 346.1.b) TFUE y a los que, en principio, resultarían de aplicación las reglas de la *Directiva 2004/18/CE*. Este ámbito de aplicación debe ser complementado con las exclusiones de una serie de contratos y negocios, por razón de su cuantía (los ya célebres «umbrales» comunitarios previstos en el artículo 8 de la Directiva), o por razón de su objeto y de su naturaleza específica («*contratos adjudicados en virtud de normas internacionales*» del artículo 12 y exclusiones específicas recogidas en el artículo 13).

En definitiva, la Directiva pretende permitir a los Estados miembros que no tengan que aplicar las normas generales de contratación pública de la *Directiva 2004/18/CE* a contratos que celebren en el sector de la defensa y de la seguridad, sin tener que acudir para ello de forma abusiva a la exención del artículo 296.1.b) del Tratado. Precisamente para que no hubiera lugar a dudas sobre este extremo, la Directiva dio una nueva redacción al *artículo 10 de la Directiva 2004/18/CE*, en el que se define su ámbito de aplicación. En esa nueva redacción, el segundo párrafo del citado precepto precisa que «*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*».

Las principales medidas articuladas en la Directiva: procedimientos de adjudicación, seguridad y confidencialidad de la información y subcontratación

Uno de los principales objetivos de la Directiva es configurar un marco normativo de contratación pública que resulte más flexible y más adaptado a las particularidades que presentan los contratos que se celebran en el sector de la defensa y la seguridad. Como reconoce la propia Directiva en sus considerandos, los contratos de este tipo, y en especial los contratos de adquisición o suministro de armas, municiones y material de guerra, se caracterizan habitualmente por exigencias especialmente rigurosas en materia de seguridad del abastecimiento o suministro de los equipos por parte de los proveedores y por la necesidad de garantizar la seguridad de la información sensible y clasificada que pueda ser objeto de intercambio en las diferentes fases de la contratación, desde la preparación y adjudicación del contrato hasta su liquidación final.

Aunque son diversos los mecanismos que, apartándose de los principios y reglas generales recogidos en la *Directiva 2004/18/CE*, se han articulado en la Directiva para conseguir una mayor satisfacción de estos objetivos, nos detendremos particularmente en los dos que resultan, en nuestra opinión, más relevantes y «novedosos»: los procedimientos de adjudicación de los contratos que se celebren en el sector de la defensa y las medidas para garantizar la seguridad y confidencialidad de la información sensible. Finalmente, se hará una breve referencia final a las normas sobre subcontratación por los adjudicatarios de este tipo de contratos.

Por lo que se refiere a los procedimientos de adjudicación, la Directiva parte de la base de que satisfacer las necesidades de los Estados en el sector de la defensa y de la seguridad «suele requerir de intensas negociaciones durante el procedimiento de adjudicación del contrato» (cfr. considerando 47) motivo por el cual considera justificado eliminar, como procedimiento ordinario de adjudicación, el tradicional procedimiento abierto de la *Directiva 2004/18/CE*, y permitir que este tipo de contratos sea adjudicado, de forma ordinaria, mediante procedimientos restringidos o negociados con publicación de anuncios de licitación (artículo 25). No obstante, en ciertas circunstancias calificadas (término que conceptualmente resulta, en este caso, preferible al de «circunstancias excepcionales» de la *Directiva 2004/18/CE* si se atiende a lo explicado en su considerando 51), se pueden adjudicar los contratos mediante procedimientos negociados sin publicación de anuncios de licitación (artículo 28) o de diálogo competitivo (artículo 27), procedimiento éste último por el que la Directiva apuesta de forma decidida.

La Directiva permite que, en aquellos casos en los que determinadas adquisiciones, compras o suministros de material de defensa o de seguridad sólo puedan ser contratadas con un solo operador económico, al resultar éste el único capaz de ejecutar el contrato en cuestión por razones técnicas o por ostentar una exclusividad de derechos de cualquier naturaleza, el poder adjudicador pueda adjudicarle directamente no sólo el contrato sino celebrar directamente con él acuerdos marco, que se podrán adjudicar a tal efecto mediante procedimientos negociados sin publicación de anuncio de licitación.

Por lo que respecta a las medidas e instrumentos para garantizar la seguridad y confidencialidad de la información sensible —cuestión capital si se tiene en cuenta el sector en el que nos encontramos—, la Directiva, más que articular mecanismos concretos a tal efecto, permite expresamente que los poderes adjudicadores de los Estados miembros puedan imponer exigencias y requisitos específicos a los contratistas y subcontratistas en la materia, así como requerirles cuanta información consideren necesaria para valorar su capacidad y aptitud para proteger y salvaguardar la seguridad y confidencialidad de la información sensible (considerando 43).

En este sentido, la Directiva no resulta muy clara acerca de si la imposición de tales exigencias y requisitos específicos en materia de seguridad de la información puede revestir la forma de requisitos

cualitativos de selección de los contratistas en el procedimiento de adjudicación o si, por el contrario, solamente pueden incluirse como compromisos de obligado cumplimiento durante la ejecución del contrato de que se trate. De la interpretación conjunta del artículo 22 de la Directiva (en el que se habla de que «el poder adjudicador podrá exigir que la oferta incluya» este tipo de requisitos) con los artículos 39 y siguientes, que regulan los criterios de selección cualitativa del adjudicatario o contratista, parece desprenderse que la segunda de las opciones apuntadas sería la más razonable como vimos, el Proyecto ha optado por considerables condiciones de ejecución de los contratos.

Finalmente, y por no extendernos más de lo estrictamente necesario, la Directiva contiene una serie de normas, algunas ciertamente novedosas, en materia de subcontratación de actividades o prestaciones por parte de los contratistas. Se parte, en este sentido, de la libertad del adjudicatario para seleccionar a sus subcontratistas siempre que, en todo caso, dicha selección respete los principios de igualdad y trato no discriminatorio. En este sentido, por ejemplo, se prevé que, en determinados supuestos, el poder adjudicador del Estado miembro pueda imponer al adjudicatario o adjudicatarios de un contrato la obligación de publicar, con carácter previo, los subcontratos que pretende celebrar.

No obstante, se permite que el poder adjudicador imponga directamente la subcontratación a terceros de partes determinadas del contrato (dentro de un porcentaje máximo del 30% del valor del contrato) y que se reserve el derecho de rechazar los subcontratistas seleccionados por un licitador en el procedimiento de adjudicación del contrato (en el caso de que estuviera obligado a indicarlo en la oferta) o por un adjudicatario durante la ejecución de un contrato.

En conclusión, la Directiva, y los diferentes mecanismos de contratación pública que en ella se articulan, constituye el mecanismo normativo con el que se pretende dar un impulso definitivo a la política exterior y de seguridad común de la Unión Europea, aunando tanto la necesaria satisfacción de los intereses de seguridad nacionales de los Estados miembros como la imprescindible cohesión europea.

La sistemática utilizada para la transposición

Definidos algunos de los aspectos principales del contenido de la Directiva, procede entrar en el

del Proyecto de Ley, no sin antes hacer unas consideraciones previas en torno a la técnica de transposición utilizada.

Lo primero que llama la atención al realizar una lectura del Proyecto propuesto es el hecho de que, aún cuando se establece la *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de Sector Público (en adelante la «LCSP»)* como régimen jurídico de aplicación en todo lo no previsto en el Proyecto, la estructura que se adopta para transponer la directiva se ajusta bastante más a ésta que a la de la Ley a la que sustituya parcialmente en el futuro. Si bien la exposición de motivos se afana por aclarar que la Ley nace con vocación de continuidad con el régimen general hoy vigente (LCSP), lo cierto es que se limita a establecer uno paralelo y de aplicación preferente. La técnica de transposición utilizada es objeto de crítica por el Consejo de Estado que, en su informe previo, recrimina la falta de sistemática y sugiere que hubiera sido preferible una norma que, siguiendo la estructura de la LCSP, hubiera oportunamente derogado o modificado los artículos correspondientes. Sin embargo, el texto con el que nos encontramos, aun cuando decreta la aplicación supletoria de la LCSP, incorpora múltiples referencias concretas (incluso repitiéndolas, en algunos casos) a la aplicación de sus artículos (referencias y repeticiones que habrían podido obviarse dada la naturaleza de subsidiaria que, de la LCSP, promueve el Proyecto). Además de carecer del rigor jurídico que sería deseable, es previsible que esta técnica traiga consigo numerosas cuestiones interpretativas que hagan dudar al operador; pensemos en los casos en que convivan, en un mismo régimen, las remisiones a artículos concretos (o incluso repeticiones) de la LCSP junto a supuestos que estén regulados por la LCSP, pero respecto de los cuales el Proyecto guarde silencio.

En fin, vaya por delante nuestro acuerdo con la alta institución consultiva del Estado, pues la consecuencia de este particular sistema de transposición no será otra que el obligado análisis detenido de los dos cuerpos legales reguladores de la contratación en el sector público para establecer, en cada caso, el régimen sustantivo aplicable.

El contenido del Proyecto de Ley de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad

Con las cautelas que exige el análisis de un proyecto de ley, cuyo contenido está sujeto a los resulta-

dos de su tramitación parlamentaria, el Proyecto menciona, en su exposición de motivos, que son dos los ejes de la reforma en materia de contratación pública sectorial, y que ambos están muy vinculados a las características específicas de los ámbitos de la defensa y la seguridad: por un lado, el Proyecto se centra en la adopción de todas las cautelas para garantizar tanto la seguridad de la información que se transmite a los licitadores en el proceso de selección y adjudicación contractual como el aseguramiento de la necesaria continuidad en el suministro y abastecimiento de los bienes o sistemas objeto de adquisición que, en este ámbito, suelen caracterizarse por disponer de un largo ciclo de vida; se trata de los principios *security of information* y *security of supply* que fija y concreta la *Directiva 2009/81/CE* en sus artículos 21 y 22. El otro eje que anuncia la exposición de motivos es el establecimiento de procedimientos de adjudicación más flexibles que los previstos por el régimen general de la contratación en el sector público; procesos que permitan asegurar la adecuada contratación de los complejos sistemas objeto de adquisición en el marco de la sector de la defensa.

Más allá de estas dos grandes cuestiones, el contenido del Proyecto se completa con algunas novedades en materia de contratación pública, en apretadísimo resumen: la regulación de una serie de supuestos y normas de procedimiento para la celebración de subcontratos por parte de los contratistas adjudicatarios; algunas particularidades en relación con el régimen de nulidad y sus consecuencias; y una alambicada regulación de los negocios excluidos.

Definiciones

Siguiendo la estructura de la Directiva, el Proyecto aclara, en su artículo primero, que por defensa han de entenderse todas las actividades reguladas en la *Ley orgánica 5/2005 de 17 de noviembre de Defensa Nacional*, y define el concepto de seguridad pública. Asimismo, incorpora fielmente la definiciones de equipo militar y equipo sensible fijadas por la Directiva, aunque lo hace a través de la disposición adicional primera, donde se incluyen el resto de las definiciones.

Ámbito objetivo

Definido en el artículo 1 del Proyecto, se indica que la Ley regula la preparación y el procedimiento

de adjudicación de los tipos contractuales previstos por la Directiva, que, recordemos, abarcan los contratos de suministro de equipos militares, armas y equipos sensibles, los de obras, suministro y servicios asociados al ciclo de vida de aquéllos, los de investigación y desarrollo (que el Proyecto considera de servicios) y los de colaboración público privada que, no obstante, siguen rigiéndose por la normativa que resulte de aplicación a su prestación principal, de acuerdo con lo previsto por el artículo 289 de la *Ley de Contratos del Sector Público*.

Encontramos, asimismo, dentro del ámbito del Proyecto de Ley, una expresa mención a la regulación de la subcontratación; a ella, como veremos, dedica algunos importantes artículos, al igual que lo hace la Directiva, constituyendo una de las novedades más relevantes de esta regulación sectorial; y a la materialización de algunos de los principios y acciones previstos en la *COM (2007) 764 final*: en particular, la apertura y competitividad de los mercados de Defensa en la UE y el aumento de la transparencia para ayudar a las PYMES a acceder al mercado encontrando subcontratos y pujando por ellos. Sin abandonar el ámbito objetivo del Proyecto de Ley, cabe mencionar, en relación con los negocios jurídicos excluidos, que su artículo 7 transpone los artículos 12 y 13 de la *Directiva 2009/81/CE* siguiendo su estructura y con rigor, aunque apartándose de la sistemática seguida por la legislación española general de contratación pública. Mantiene la cautela, prevista en la *Directiva 2009/81/CE*, de solicitar a los órganos de contratación que velen porque ninguna de las exclusiones sea utilizada con carácter abusivo. Y finalmente, en lo que atañe a los contratos incluidos dentro del ámbito de aplicación del 346 TFUE, las previsiones del Proyecto ofrecen algunas dudas. Por medio de la disposición final primera, el Proyecto modifica la disposición adicional vigésimo cuarta de la LCSP para incluir una mención a que la preparación y adjudicación de los contratos de su ámbito (el del Proyecto de Ley) y las normas reguladoras de la subcontratación se regirán prioritariamente por el Proyecto de Ley y supletoriamente por la LCSP. Estamos de acuerdo con las indicaciones del Consejo de Estado, según las cuales, hubiera sido preferible incluir una mención expresa a los contratos dentro del ámbito del artículo 346 TFUE (y no los incluidos en el ámbito del Proyecto de Ley) y regular la aplicación prioritaria del Proyecto no únicamente en cuanto a su preparación y adjudicación, sino en su totalidad, dejando la LCSP de aplicación supletoria.

Ámbito subjetivo

Respecto del ámbito subjetivo, además de lo previsto por el artículo 3 de la LCSP, el Proyecto establece una definición de los poderes adjudicadores propios del ámbito de la defensa y la seguridad, declarando asimismo que las sociedades mercantiles de ente público, las entidades públicas empresariales (y organismos asimilados de las Comunidades Autónomas) y las fundaciones públicas no se regirán por la nueva Ley aunque deberán ajustarse en los procedimientos de adjudicación, a los principios de la contratación pública previstos con carácter general por la LCSP.

Seguridad de suministro y seguridad de la información

Entramos así en lo que constituye una de las principales novedades de la regulación de la contratación pública y que, en parte, ha justificado la necesidad de implementar una regulación específica de la contratación pública en los ámbitos de la defensa y de la seguridad. Como venimos poniendo de manifiesto, el Paquete de Defensa tuvo como objetivo el conseguir un «verdadero mercado europeo de los equipos de Defensa y la igualdad de condiciones a nivel europeo y mundial». En este fin descansa la idea de crear procedimientos de adjudicación más flexibles que los de aplicación generalizada restringiendo el recurso abusivo a mecanismos de exclusión que, como el artículo 346 TFUE, deberían de interpretarse de manera restrictiva y lo menos lesiva posible con las libertades comunitarias. El fin debe, además, perseguirse sin poner en peligro la otra confesada singularidad de este sector: la protección de la seguridad en la información que se transmite a los licitadores y la garantía de continuidad en todos los suministros necesarios para la defensa de la seguridad nacional.

En cuanto a la garantía de seguridad de la información, el Proyecto transpone en nuestra opinión adecuadamente la *Directiva 2009/81/CE* ofreciendo la posibilidad de considerar los requisitos de seguridad de la información como condiciones de ejecución del contrato que puede imponer el órgano de contratación (artículos 20 de ambos, *Proyecto y Directiva 2009/81/CE*). Sabido es que la consideración de determinadas obligaciones como condiciones de ejecución del contrato pudiera conllevar, en aplicación del artículo 102 de la LCSP, el establecimiento de penalidades asociadas a su incumplimiento.

miento y su consideración como obligaciones esenciales. Asimismo, las obligaciones de seguridad de la información se incorporan como requisitos de solvencia exigibles (artículo 15 del Proyecto) y su grave incumplimiento, como prohibición para contratar. En relación con la solvencia exigida al contratista en materia de posesión de habilitaciones de seguridad de empresa y establecimiento, cabe destacar que el Proyecto hace extensiva esta obligación a la totalidad de la cadena de subcontratistas, en cualquier nivel, lo que exigirá a los contratistas un control exhaustivo de las distintas subcontrataciones consecuencia del contrato licitado. Y ello sin relevar al contratista principal de su responsabilidad frente a la Administración contratante, por lo que la verificación de estos extremos a lo largo de la cadena de suministro cobrará, sin duda, especial relevancia y hará, en muchos casos, recomendable la incorporación de instrumentos que permitan transferir adecuadamente los riesgos de incumplimiento de estas obligaciones a aquellos subcontratistas involucrados a quienes corresponda. Parece adecuado, además, que estos procesos de auditoría de la cadena de subcontratistas y transmisión de riesgos y responsabilidades se lleven a cabo antes de la presentación de proposiciones.

La regulación de la garantía de abastecimiento corre asimismo paralela a la prevista por la *Directiva 2009/81/CE* e incorpora la seguridad del suministro como el conjunto de requerimientos que puede imponer el órgano de contratación para asegurar, durante el ciclo de vida de los equipos o sistemas, su disponibilidad y la del apoyo logístico necesario para su operación. Al igual que ocurre con las de información, las obligaciones de garantía de suministro se constituyen en requisitos para la contratación y condiciones de la ejecución del contrato; por su parte, su vulneración grave deriva en prohibición para contratar. Cabe destacar que el Proyecto de Ley prevé la posibilidad de que el órgano de contratación incluya, como exigencia de la proposición, el compromiso del licitador de llevar a cabo la modernización, el mantenimiento o las adaptaciones de los suministros del contrato. La tendencia a incluir en la fase de adquisición el mantenimiento y la modernización de los equipos y sistemas adquiridos era una reivindicación que venía siendo anunciada desde hace un tiempo por la Administración de la defensa. En realidad lo que sorprende de la redacción dada al Proyecto es que se prevea la posibilidad de exigir al licitador que realice el mantenimiento en el futuro y no, como se esperaba, que el mantenimiento o la modernización formen

parte del objeto del contrato de adquisición desde el principio. En este sentido, otra cuestión sobre la que nos atrevemos a anticipar la controversia es la posible exigencia al licitador de un *compromiso de garantizar que los posibles cambios en la cadena de suministro durante la ejecución del contrato no afectarán negativamente*. En todo caso, estas medidas y algunas otras permiten presagiar que las relaciones de los contratistas principales con sus subcontratistas tendrán necesariamente que estructurarse para permitir absorber adecuadamente los riesgos asociados a la asunción por el contratista principal de las obligaciones y garantías exigidas por la Administración contratante a toda la cadena de subcontrataciones.

Flexibilidad en los procedimientos de adjudicación

La otra singularidad de los ámbitos de la defensa y la seguridad que podemos destacar es la necesidad de cierta flexibilidad en los procedimientos de selección y adjudicación, permitiendo con ello atender las exigencias vinculadas a la contratación de los sistemas, en muchos casos complejos y costosos, incluidos en los activos adscritos a la protección de la defensa nacional. El Proyecto de Ley plasma esta flexibilidad, en línea con lo previsto por la *Directiva 2009/81/CE*, elevando el procedimiento negociado con publicación de anuncio de licitación a la categoría de procedimiento ordinario (sin necesidad de justificación previa), incrementando el plazo de vigencia de los acuerdos marco, y regulando una serie de supuestos en los que el procedimiento ordinario, esto es, el negociado, podrá serlo sin publicidad. El artículo 43 prevé la posibilidad, acorde con la *Directiva 2009/81/CE*, de que en el procedimiento negociado con publicidad se pueda establecer un trámite previo de selección de contratistas tendente a limitar el número de licitadores para reunir sólo a los citados a solicitud del órgano de contratación, siempre, por supuesto, que cumplan los criterios de solvencia.

En su artículo 44, recoge el Proyecto todos los casos en los que los órganos de contratación podrán adjudicar sus contratos por el procedimiento negociado evitando la publicidad, y lo hace siguiendo con rigurosidad el tenor del artículo 28 de la *Directiva 2009/81/CE*. Entre los supuestos que permiten omitir la publicidad en el procedimiento negociado, puede destacarse la inclusión (en el apartado 2. e) del artículo 47 del Proyecto) de los

casos en que *por razones técnicas o por razones relacionadas con la protección de derechos de exclusividad el contrato sólo pueda adjudicarse a un empresario determinado*. Este supuesto, previsto, desde luego, por la *Directiva 2009/81/CE* y contemplado en el régimen general de contratación pública por el artículo 154 d. de la LCSP, venía siendo de utilización reiterada en el ámbito de la contratación de la defensa, por lo que su inclusión en el Proyecto de Ley permite vaticinar la continuidad de este tipo de supuestos; aunque, claro está, sometidos a la fiscalización de la Comisión Europea.

Cabe hacer una nota menor para identificar dos cuestiones que incorpora el nuevo Proyecto distanciándose de la *Directiva 2009/81/CE*: por un lado, la previsión como procedimientos de adjudicación del procedimiento abierto, el restringido y el negociado, cuando como adelantábamos más arriba la *Directiva 2009/81/CE* sólo prevé el restringido y el negociado; por otro lado, al regular la subasta electrónica el Proyecto la incluye para los procedimientos abierto, restringido y negociado con publicidad, cuando la *Directiva 2009/81/CE*, en su artículo 48.2, prevé la subasta electrónica para los procedimientos negociados sin publicidad. Por fin, el capítulo III del Proyecto se cierra con la regulación del acuerdo marco, que incorpora lo previsto por la *Directiva 2009/81/CE*, por lo que nada cabe añadir respecto de su transposición. Novedad destacada es el aumento de la posible duración de los acuerdos marco desde el actual plazo de cuatro años hasta los siete años (que podrían extenderse si concurrieran circunstancias excepcionales teniendo en cuenta la vida útil esperada de los artículos, instalaciones o sistemas a entregar). Buena parte de los contratos de mantenimiento (o sostenimiento), de servicios principalmente, se venían materializando a través de la firma previa de un acuerdo marco que posteriormente se desarrollaba por medio de la firma de sucesivos contratos con el órgano de contratación correspondiente en cada uno de los ejércitos, por lo que es previsible que la extensión de la duración de los acuerdos marco suponga una confirmación de su uso para estos casos.

Especialidades en cuanto a las consecuencias de la nulidad y el recurso especial

Aun cuando el Proyecto establece, en su artículo 57, que la declaración de nulidad de la adjudicación producirá los efectos de nulidad del contrato previstos en la LCSP, lo cierto es que, por medio

del apartado segundo, se permite acordar el mantenimiento de los efectos del contrato cuando se acrediten razones imperiosas de interés general que afecten, de modo esencial, a los intereses de la defensa o de la seguridad que lo exijan. El contrato es nulo, pero, en determinados supuestos excepcionales, se excluye la sanción que lleva aparejada tal nulidad. La lista de supuestas *razones imperiosas* en las que se permite la inaplicación de la sanción de nulidad se reduce a dos: cuando las consecuencias económicas de la nulidad sean desproporcionadas o cuando pongan en peligro un programa de defensa o de seguridad; excluyéndose expresamente los vinculados económicamente al propio contrato, como el retraso en la ejecución del contrato, la convocatoria de un nuevo procedimiento de adjudicación o el cambio de empresario.

En cuanto al recurso especial, cabe mencionar, únicamente, la regulación de la confidencialidad, especialmente importante en éstos ámbitos, y no sólo la correspondiente a la información clasificada a la que pueda tener acceso el licitador, sino también la que pertenezca a la documentación aportada por las partes. Se hace responsable al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información sin perjudicar los intereses de los demás interesados.

Singularidades de la subcontratación

La regulación de la subcontratación es, no cabe duda, una de las particularidades que este régimen sectorial introduce y, como dice la exposición de motivos, «*aborda un tema controvertido en el ámbito de la contratación pública*». Como se ha subrayado más arriba, la *Directiva 2009/81/CE* introduce (y así se incorpora en el Proyecto) una serie de supuestos en los que la subcontratación por parte del contratista debe hacerse siguiendo determinados procedimientos. Las normas de procedimiento para adjudicar los subcontratos pretenden ser unas normas mínimas de publicidad, como dice la exposición de motivos: «*No se trata de exigir que esta selección se haga siguiendo procedimientos formalistas como los establecido en el ámbito de la contratación pública*».

En todo caso, y como acertadamente apunta el informe del Consejo de Estado, algunas de las previsiones contenidas en el Proyecto en materia de subcontratación constituyen, en última instancia, una «*intrusión en el ámbito del derecho privado que no debe hacer*

se desde una norma que regula cuestiones jurídico públicas» y, por tanto, la recomendación debería pasar porque este capítulo se abordarse, en todo caso, desde una interpretación claramente restrictiva.

Así, el Proyecto regula la subcontratación por medio de tres grandes apartados: (i) la definición de los supuestos cuya subcontratación está sujeta a determinadas pautas de procedimiento y publicidad; (ii) las normas de procedimiento a seguir en tales casos; y, (iii) las obligaciones derivadas de la subcontratación.

En relación con los supuestos, éstos se concretan en dos, siempre, claro está, que se trate de contratos sujetos a regulación armonizada: (i) cuando el pliego lo exija motivadamente; y, (ii) cuando existan, en el pliego, condiciones de ejecución consistentes en la obligación de subcontratar parte de la prestación.

El procedimiento a seguir en tales casos incluye la obligación de realizar determinadas inserciones publicitarias en el *Diario Oficial de la Unión Europea* y la de observar, en todo caso, los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato.

Se prevé la posibilidad de que el órgano de contratación se reserve el derecho de rechazar a subcontratistas tanto en la etapa de adjudicación como en la de ejecución del contrato, lo cual habrá de hacer motivadamente y fundándose en el incumplimiento de condiciones de aptitud o solvencia.

Por fin, en cuanto a las obligaciones derivadas de la subcontratación, en su mayoría no se pueden destacar grandes novedades, ya que reproducen, en buena medida, el texto de la hoy vigente LCSP. Cabe

mencionar sin embargo que se excluye, de forma expresa, la acción directa del subcontratista frente al órgano de contratación (apartado 2 del artículo 65), con la finalidad de «evitar las dudas suscitadas hasta este momento en la materia y obviar de este modo la posibilidad de la reclamación del subcontratista frente a la Administración». La previsión, que en todo caso está en línea con el criterio que ha venido defendiendo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se incorpora también a la propia LCSP (por medio de la disposición final primera del Proyecto) añadiendo un nuevo apartado 8 su artículo 210.

Fiscalización y monitorización

Corresponde hacer un último apunte en relación con las obligaciones de información impuestas a los órganos de contratación respecto de los contratos firmados y tipos de procedimiento seguidos. Por un lado, obligaciones frente a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, a quien los órganos correspondientes deberán remitir informes con los contratos suscritos en los tres meses siguientes a su formalización. Por otra parte, y con carácter anual, habrán de remitir un informe a la Comisión Europea indicando el número y valor de los contratos adjudicados y, en especial, desglosando, en los adjudicados por el procedimiento negociado sin publicidad, las circunstancias previstas en el artículo 44 del Proyecto de Ley.

INÉS DE ALVEAR TRENOR y
JAVIER ABRIL MARTÍNEZ *

* Abogados de las Áreas de Mercantil y de Derecho Público, Procesal y Arbitraje, respectivamente, de Uría Menéndez (Madrid).