

& Análisis - Contratación pública

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN LOS ÁMBITOS DE LA DEFENSA Y LA SEGURIDAD

Blanca Lozano Cutanda

*Catedrática de Derecho Administrativo en la Universidad del País Vasco
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

La creación de un mercado europeo de equipos de defensa se considera imprescindible para el logro de una industria europea de la defensa más sólida y competitiva así como para el desarrollo de la capacidad militar necesaria con vistas a la ejecución de la Política Europea de Seguridad y Defensa de la Unión. Su implantación exige el establecimiento de un marco legislativo adecuado, lo que, en el ámbito de los contratos, requiere una coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos que respete los imperativos de seguridad de los Estados miembros y las obligaciones derivadas del Tratado.

Con este fin, se aprobó la Directiva 2009/81/CE, 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 Directiva, en adelante), para cuya incorporación a nuestro Derecho se tramita actualmente en el Congreso, por el procedimiento de urgencia, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público en los Ámbitos de la Defensa y la Seguridad (el Proyecto de Ley, en adelante).

Tal incorporación parte de dos ideas básicas, que le sirven de guía: "De una parte, el reconocimiento de que en los contratos relativos a la Defensa y la Seguridad cobra especial relevancia, de una parte, la seguridad en la información que se transmite a los licitadores y la garantía en la continuidad del suministro, y de otra, la necesidad de establecer ciertas normas que faciliten la flexibilidad en

los procedimientos de contratación" (o, dicho de otro modo, que otorguen una mayor discrecionalidad al órgano de contratación atendiendo a la singularidad y relevancia de los intereses públicos en juego).

Sobre estas claves, el Proyecto de Ley establece un primer principio cual es el de mantener la aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP, en adelante) en todo lo no regulado de forma expresa por sus preceptos (dado que la LCSP se aplicaba ya a algunos de los contratos que ahora regula el Proyecto de Ley, se modifica su disposición adicional vigésimo cuarta para establecer este régimen de aplicación subsidiaria). A partir de aquí, se regulan las especialidades que derivan de la Directiva y que pasamos a exponer.

1. Ámbito de aplicación

El Proyecto de Ley tiene por objeto la regulación de la preparación y del procedimiento de adjudicación de los contratos de obras, de suministro y de servicios entre el sector público y el sector privado en los que concurren las siguientes condiciones:

- Que se celebren en el ámbito de la Defensa y de la Seguridad Pública. Por Defensa se entiende, a estos efectos, el conjunto de actividades reguladas en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional, y por Seguridad Pública "el conjunto de actividades no militares de las Fuerzas y Cuerpos de

& Análisis - Contratación pública

Seguridad Pública dirigidas a la protección de las personas y de los bienes y a la preservación y al mantenimiento del orden ciudadano dentro del territorio nacional, el conjunto de actividades desarrolladas por las autoridades aduaneras encaminadas a garantizar la seguridad y protección del territorio aduanero de la Unión Europea, así como cualesquiera otras que se definan como tales en las Leyes”.

- Que los contratos tengan alguno de los objetos especificados por el Proyecto de Ley: suministro de equipos militares, de armas y municiones o de equipos sensibles; obras suministros y servicios directamente relacionados con estos equipos, armas y municiones; obras y servicios con fines específicamente militares u obras y servicios sensibles (la definición de términos a los efectos del Proyecto de Ley se contiene en su disposición adicional primera). Se incluyen asimismo los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, rigiéndose por las normas generales del Título I y las especiales que les sean de aplicación de conformidad con el régimen jurídico de la prestación principal.

Estos contratos se consideran sujetos a regulación armonizada, a los efectos de la aplicación de las prescripciones específicas que para ellos contiene el Proyecto de Ley, cuando superen los siguientes umbrales: 387.000 euros para los contratos de suministro y de servicios,

y 4.845.000 euros para los contratos de obras. Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado se consideran, en todo caso, contratos sujetos a una regulación armonizada y se regirán, en todo lo no dispuesto en el Proyecto de Ley, por la LCSP.

- Que se celebren por entes que tengan la consideración de poderes adjudicadores a efectos del Proyecto de Ley, que son: (i) la Administración General del Estado (quién más contratos de este tipo realizará, dada su competencia exclusiva en materia de defensa); (ii) las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo que se prevea en su respectivo Estatuto de Autonomía en el ámbito de la seguridad pública; (ii) todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, pública o privada, distintos de los anteriores, que ejerzan competencias en el ámbito de la Defensa o de la Seguridad Pública, y que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que los anteriormente referidos poderes adjudicadores financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia; (iii) las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades citados ¹.

El régimen aplicable a los contratos mixtos difiere del establecido en la LCSP,

¹ Además, la Disposición adicional sexta contiene una norma de aplicación del Proyecto de Ley pensada sobre todo para las entidades públicas empresariales, en virtud de la cual, “los poderes adjudicadores que, conforme a lo establecido en el artículo 3.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, no son Administración Pública, cuando contraten en el ámbito de esta ley, tendrán igualmente la obligación de elaborar un pliego de prescripciones técnicas y un pliego de cláusulas particulares. Sin perjuicio de lo anterior estos poderes adjudicadores podrán refundir en un solo documento sendos pliegos. Cuando estos contratos estén sujetos a regulación armonizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de esta Ley, su preparación y adjudicación se regirán por lo dispuesto en los artículos 174 y siguientes de la Ley 30/2007, de 30 de octubre”.

& Análisis - Contratación pública

pues para determinar su régimen jurídico no se atiende al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico, sino que se dispone lo siguiente: (i) si el contrato tiene prestaciones sometidas al Proyecto de Ley y otras que caigan dentro del ámbito de aplicación de de la LCSP o la Ley 31/2007, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se adjudicará y regirá por lo dispuesto en el Proyecto de Ley, siempre que razones objetivas justifiquen la adjudicación de un solo contrato; (ii) si, en cambio, junto a prestaciones sometidas al Proyecto de Ley concurren otras de contratos totalmente excluidos, no ya de este texto, sino de toda la contratación pública española (LCSP y Ley 31/2007), su adjudicación y régimen jurídico no se someterán al Proyecto de Ley cuando razones objetivas justifiquen la adjudicación de un solo contrato.

En todo caso, añade el precepto, los órganos de contratación evitarán que la decisión de adjudicar un solo contrato se tome con el fin de eludir la aplicación de la presente Ley, lo que resulta especialmente relevante en el segundo de los casos mencionados.

El Proyecto de Ley contiene una larga lista de negocios jurídicos excluidos de su ámbito de aplicación, siguiendo las previsiones de la Directiva. Algunas de estas exclusiones coinciden con las propias de la LCSP (contratos regidos por acuerdos, convenios o tratados internacionales; servicios de arbitraje y de con-

ciliación; servicios financieros; contratos de adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles; contratos de trabajo), y otras son específicas del ámbito de aplicación del Proyecto de Ley.

Entre estas últimas, interesa señalar, por su mayor potencial de aplicación, la relativa a "aquellos contratos que de regirse por la presente Ley, resultaría necesario revelar información clasificada en grado de secreto o equivalente, o bien resultarían perjudicados los intereses esenciales de la Defensa". Esta excepción se basa en el art. 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 296) que, como se señala en los considerandos de la Directiva, concede a los Estados miembros la posibilidad de eximir los contratos en el ámbito tanto de la defensa como de la seguridad de sus normas en caso de que la aplicación de las mismas los obligue a facilitar información cuya divulgación se considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad. Se cita en este sentido el caso, en particular, de que los contratos sean de carácter tan sensible que incluso su existencia deba mantenerse en secreto.

Interesa señalar, por último, que las normas de adjudicación del Proyecto de Ley no se aplican en su integridad a todos los contratos de servicios comprendidos dentro de su ámbito de aplicación². El Proyecto de Ley sigue en ello las previsiones de la Directiva, que limita su aplicación plena durante un periodo, que califica de "transitorio", a determinados contratos de servicios.

² Así, de acuerdo con el art. 8 del Proyecto de Ley, las normas de adjudicación de los contratos del Título III del Proyecto de Ley se aplican en su totalidad a los contratos de servicios enunciados en el Anexo I, mientras que a los relacionados en el Anexo II se les aplican únicamente los preceptos relativos a las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas y de publicidad de la adjudicación y formalización (arts. 19 y 35). En cuanto a aquellos contratos que figuran tanto en el Anexo I como en el Anexo II, se adjudicarán con arreglo al Título III cuando el valor de los servicios del Anexo I sea superior al valor de los servicios del Anexo II; en los demás casos, los contratos se adjudicarán con arreglo a lo dispuesto en los artículos 19 y 35.

& Análisis - Contratación pública

2. Especialidades en materia de capacidad y solvencia del empresario

- Las personas físicas o jurídicas de Estados no pertenecientes a la Unión Europea deberán justificar mediante informe de la respectiva Misión Diplomática Permanente española que el Estado de procedencia de la Empresa extranjera admite a su vez la participación de empresas españolas en la contratación con la Administración y con los entes, organismos o entidades del sector público asimilables a los poderes adjudicadores que enuncia el Proyecto de Ley.
- Cuando se trate de contratos de obras o suministros, podrá exigirse a las personas jurídicas que indiquen en la oferta o en la solicitud de participación los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación.
- Se amplían las prohibiciones de contratar que, además de las previstas en la LCSP, incluyen otras circunstancias que pueden afectar a la seguridad del Estado o a la seguridad del suministro, incluida la condena por delitos de terrorismo o ligados a actividades terroristas, o la muy amplia de "haberse averiguado, sobre la base de cualquier medio de prueba, incluidas las fuentes de datos protegidas, que el empresario no posee la fiabilidad necesaria para excluir los riesgos para la Seguridad del Estado o para la Defensa".

- En relación a la exigencia de solvencia técnica y profesional, se permite su acreditación por cualquiera de los medios previstos en la LCSP, pero en los contratos de suministro y de servicios el órgano de contratación podrá exigir la aportación de determinada información, como es "la relación de los principales suministros, servicios o trabajos efectuados durante los cinco últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos".

3. Especialidades en materia de preparación del contrato: obligaciones para garantizar la seguridad de la información y del suministro

Habida cuenta del carácter sensible del sector, la fiabilidad de los operadores económicos que obtengan contratos es primordial, por lo que se establecen determinadas reglas sobre los operadores económicos habilitados para realizar determinadas prestaciones, y se fijan obligaciones relativas a la confidencialidad y a la protección de la información clasificada.

- En materia de seguridad de la información, el órgano de contratación deberá exigir a la empresa estar en posesión de las habilitaciones correspondientes en materia de seguridad de empresa o de establecimiento o equivalentes de acuerdo con el grado de clasificación de la información³. Estos requisitos serán igualmente aplicables a los subcontratistas. Podrá, asimis-

³ De acuerdo con la disposición adicional quinta del Proyecto de Ley, la acreditación por el candidato o licitador de que dispone de la habilitación correspondiente se realizará por la Autoridad Delegada para la Seguridad de la Información Clasificada designada por Orden PRE/2130/2009, de 31 de julio, que designa la Autoridad Delegada para la Seguridad de la Información Clasificada originada por las partes del Tratado del Atlántico Norte, por la Unión Europea y por la Unión Europea Occidental o norma que la sustituya, a solicitud del órgano de contratación. Esta última verificará el grado de la habilitación de seguridad de empresa o, en su caso, de la habilitación de seguridad de establecimiento de que dispone el candidato o licitador. Dicha acreditación deberá realizarse con anterioridad al momento en que sea necesario tener acceso a la información clasificada y, en todo caso, con anterioridad a la adjudicación del contrato. En el caso de candidatos o licitadores no nacionales, le corresponderá a la Autoridad Delegada para la Seguridad de la Información Clasificada reconocer, al amparo de la normativa internacional vigente, las habilitaciones expedidas por otros Estados, así como certificar al órgano de contratación dicha circunstancia.



mo, exigirse del licitador y, en su caso, de los subcontratistas, el compromiso de salvaguardar adecuadamente la confidencialidad de la información clasificada que llegue a su conocimiento como consecuencia de la ejecución del contrato.

- Por lo que respecta a la seguridad del suministro, se establece que el órgano de contratación podrá exigir una larga serie de obligaciones y compromisos al contratista con el objeto de garantizarla, tales como: la documentación acreditativa de que la organización y localización de la cadena de abastecimiento del candidato o licitador le permitirán cumplir con las exigencias del órgano de contratación en materia de seguridad del suministro que figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares; el compromiso de crear o de mantener la capacidad necesaria para hacer frente a cualquier posible aumento de las necesidades del órgano de contratación como consecuencia de una situación de crisis, de conformidad con los términos y condiciones establecidos; o el compromiso de llevar a cabo el mantenimiento, la modernización o las adaptaciones de los suministros objeto del contrato.

4. Especialidades en cuanto a los procedimientos de adjudicación

- La principal modificación que introduce el Proyecto de Ley es la admisión del procedimiento negociado con publicidad como un procedimiento ordinario de adjudicación, sin necesidad de que concurren las causas que permiten aplicarlo de conformidad con la LCSP, de tal forma que "los órganos de contratación podrán aplicar para adjudicar sus contratos, el procedimiento abierto, el restringido o el procedimiento negociado con publicidad indistintamente".
- El procedimiento negociado podrá aplicarse sin necesidad de publicar la convocatoria de licitación en los supuestos

que enumera el Proyecto de Ley (art.44), que coinciden sustancialmente con los previstos en la LCSP para poder recurrir al procedimiento negociado (como son, entre otros: cuando tras haberse seguido un procedimiento con publicidad no se haya presentado ninguna oferta o no ha habido ninguna oferta adecuada a las exigencias legales o de los pliegos; cuando concurren razones de urgencia; cuando, por razones técnicas o por razones relacionadas con la protección de derechos de exclusividad, el contrato sólo pueda adjudicarse a un empresario determinado; o en los casos de obras o servicios complementarios). También se permite el recurso a los procedimientos de adjudicación sin publicidad cuando en los contratos de obras su valor estimado sea inferior a 200.000 euros y en los contratos de suministros o servicios, inferior a 60.000 euros.

- El procedimiento negociado con publicidad puede tener "carácter restringido", en cuanto se permite que el órgano de contratación establezca en el pliego de cláusulas administrativas particulares que solo puedan presentar proposiciones aquéllos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia (según los criterios objetivos que se señalen), sean seleccionados previamente por el órgano de contratación.

- Se regula la posibilidad de acudir al diálogo competitivo y la facultad de que las entidades o poderes adjudicadores celebren acuerdos marco y, en la línea de flexibilizar los procedimientos de contratación, se amplía a siete años el período máximo de duración de los acuerdos marco.

5. Especialidades en materia de revisión de actos

El Proyecto de Ley regula la declaración de nulidad y el recurso especial en materia de contratación por las infracciones a

& Análisis - Contratación pública

sus preceptos siguiendo el esquema de la LCSP (en la redacción dada a esta materia por la Ley 34/2010, de 5 agosto) con determinadas especialidades, entre las que destacan:

- No se aplica la exigencia de anunciar la interposición del recurso especial en materia de contratación prevista en el art. 314.1 LCSP.
- La interposición de la cuestión de nulidad no producirá efectos suspensivos de ninguna clase por sí sola.
- En la resolución de la cuestión de nulidad, el órgano competente para dictarla deberá resolver también sobre la procedencia de aplicar las sanciones alternativas si el órgano de contratación lo hubiera solicitado en el informe que debe acompañar la remisión del expediente administrativo.
- Por lo que respecta a la posibilidad de no declarar la nulidad sino de aplicar sanciones alternativas, el Proyecto de Ley establece que "en cualquier caso, un contrato podrá no ser declarado nulo cuando las consecuencias de la ineficacia del contrato pusiera seriamente en peligro la existencia misma de un programa de defensa o de seguridad más amplio que sea esencial para los intereses de la seguridad del Estado".
- Se introducen prescripciones relativas al tratamiento de la información clasificada en la tramitación y resolución de los recursos especiales en materia de contratación. Se impone al Tribunal Administrativo Central u órganos competentes de las comunidades autónomas el deber de guardar confidencialidad de la información, clasificada o no, contenida en la documentación transmitida por las partes.

6. Especialidades en materia de subcontratación

Una de las finalidades de la Directiva es, como declara en sus considerandos, desarrollar la diversidad de la base de los suministradores relacionados con la defensa europea, en particular mediante el apoyo a la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) y de los proveedores no tradicionales en la base industrial y tecnológica de la defensa europea.

Para ello, se introducen las algunas normas de procedimiento específicas que el Proyecto de Ley incorpora, entre las que destaca la previsión de que para la adjudicación de los subcontratos que superen los umbrales que determinan que los contratos se sometan a regulación armonizada, el adjudicatario deberá seguir unas normas mínimas de publicidad previstas en el Proyecto de Ley. Los anuncios de subcontratación deberán indicar los criterios de selección establecidos por el órgano de contratación para la selección de los licitadores para el contrato principal, y cualesquiera otros criterios que se propongan aplicar para seleccionar los subcontratistas (que deberán ser autorizados por el órgano de contratación).

Constituye también una singularidad la previsión de que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se podrá atribuir al órgano de contratación la facultad de rechazar a los subcontratistas seleccionados por el licitador en la etapa del procedimiento de adjudicación del contrato principal o por el adjudicatario durante la ejecución del contrato. Esta decisión será motivada y deberá basarse necesariamente en el incumplimiento por el subcontratista de las condiciones de aptitud o de solvencia establecidas para la selección de los licitadores para el contrato principal.

& Análisis - Contratación pública

Por último, se establece que los adjudicatarios podrán celebrar acuerdos marco con base a los cuales adjudicar ulteriormente los subcontratos, de acuerdo con las previsiones que sobre estos acuerdos marco contiene el Proyecto de Ley.

7. Modificaciones en la LCSP: exclusión de forma expresa de la acción directa del subcontratista frente al órgano de contratación

La disposición final primera del Proyecto de Ley realiza algunas modificaciones de detalle en la LCSP, entre las que cabe destacar la previsión expresa de que los

subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos. De esta forma, se aclaran las dudas suscitadas hasta este momento en la materia, ante la falta de previsión al respecto en la LCSP, y se evita la posibilidad de que frente a la reclamación del subcontratista la Administración o el ente del sector público actuante tenga que tomar decisiones acerca de la procedencia del pago y de la cuantía del mismo que corresponden más propiamente a la Jurisdicción ordinaria ⁴.

⁴ Esta previsión está en línea con la doctrina mantenida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (entre otros, Informe 71/09, de 23 de julio de 2010, sobre "Subcontratación. Improcedencia de establecer cláusulas referidas a la relación de pagos entre contratista y subcontratista"), que concluye que los subcontratistas no tienen acción directa contra los órganos de contratación para conseguir el pago directo por éstos de las cantidades que les adeuden los contratistas, con apoyo -a falta de previsión legal expresa- en lo dispuesto por el artículo 210.4, párrafo segundo, de la LCSP.