

II

(Comunicaciones)

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

COMISIÓN EUROPEA

**Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones sobre contratación cooperativa en los
ámbitos de la defensa y la seguridad (Directiva 2009/81/CE sobre contratación en materia de
defensa y seguridad)**

(Texto pertinente a efectos del EEE)

(2019/C 157/01)

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha subrayado en numerosas ocasiones la importancia de reforzar la cooperación europea en materia de defensa, también en el ámbito de la contratación pública. El Consejo Europeo en sus conclusiones de diciembre de 2013 ⁽¹⁾, y en la Declaración conjunta UE-OTAN, de julio de 2016 ⁽²⁾, destacó, entre otras cosas, que la cooperación en defensa sería la respuesta adecuada a los crecientes desafíos en materia de seguridad, al aumento de los costes de los nuevos sistemas de defensa y a las limitaciones presupuestarias de los Estados miembros, así como a los elevados niveles de duplicación y fragmentación en el sector europeo de la defensa.

El Informe de la Comisión sobre la evaluación de la Directiva 2009/81/CE sobre contratación pública en materia de defensa ⁽³⁾ (en adelante, «Directiva»), publicado el 30 de noviembre de 2016 ⁽⁴⁾, concluyó que la Directiva no dificulta la contratación pública cooperativa. Esta conclusión se basó en las conversaciones con expertos de los Estados miembros y en los resultados de las consultas con las partes interesadas. También tuvo en cuenta la evaluación de la Agencia Europea de Defensa (AED) ⁽⁵⁾ según la cual los problemas a la hora de poner en marcha iniciativas de cooperación en defensa se deben más a otros factores como los recortes en los presupuestos de defensa, la insuficiente sincronización de los ciclos presupuestarios y la falta de armonización de los requisitos.

Al mismo tiempo, la evaluación anunció que la Comisión ofrecería orientación a tal fin. El mismo anuncio se realizó en el Plan de Acción Europeo de la Defensa ⁽⁶⁾, adoptado también en noviembre de 2016. Con la presente Comunicación, la Comisión da seguimiento al compromiso adquirido en el informe sobre la evaluación de la Directiva y en el Plan de Acción Europeo de la Defensa.

La Comisión considera asimismo que es necesario clarificar una serie de opciones de contratación pública cooperativa por parte de dos o más Estados miembros con el fin de alentar a las autoridades de los Estados miembros a utilizar plenamente las posibilidades que existen en virtud de la Directiva en el ámbito de la defensa y las cuestiones sensibles para la seguridad.

Tal y como se anunció en el Plan de Acción Europeo de la Defensa en junio de 2017, la Comisión presentó una Comunicación sobre la puesta en marcha del Fondo Europeo de Defensa ⁽⁷⁾ compuesto por líneas de investigación y de capacidades.

⁽¹⁾ Conclusiones del Consejo Europeo EUCO 217/13 de 20 de diciembre de 2013 https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/140263.pdf.

⁽²⁾ Declaración conjunta del presidente del Consejo Europeo, el presidente de la Comisión Europea y el secretario general de la Organización del Tratado del Atlántico Norte de 8 de julio de 2016 https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_133163.htm.

⁽³⁾ 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 (DO L 216 de 20.8.2009, p. 76).

⁽⁴⁾ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el funcionamiento de la Directiva 2009/81/CE relativa a la adjudicación de contratos en los ámbitos de la defensa y la seguridad, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 73, apartado 2 [COM(2016) 762 final].

⁽⁵⁾ Conversaciones con expertos y directores nacionales de armamento de los Estados miembros.

⁽⁶⁾ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Plan de Acción Europeo de la Defensa [COM(2016) 950 final].

⁽⁷⁾ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Poner en marcha el Fondo Europeo de Defensa [COM(2017) 295 final].

Las Conclusiones del Consejo Europeo de 22 y 23 de junio de 2017 ⁽⁸⁾ refrendaron las iniciativas anteriormente mencionadas, basadas en la cooperación industrial europea en materia de defensa. Tras el acuerdo alcanzado por los colegisladores, el 18 de julio de 2018 se adoptó el Reglamento por el que se establece el Programa Europeo de Desarrollo Industrial en materia de Defensa ⁽⁹⁾, mientras que la Acción preparatoria sobre investigación en materia de defensa, que respalda la investigación colaborativa en el ámbito de la defensa, aporta resultados desde 2017, con dos primeros programas de trabajo adoptados el 11 de abril de 2017 y el 9 de marzo de 2018.

El 13 de junio de 2018, la Comisión adoptó la propuesta de Reglamento por el que se establece el Fondo Europeo de Defensa ⁽¹⁰⁾ para el marco financiero plurianual 2021-2027, que propone un presupuesto global de 13 000 millones EUR a lo largo de dicho período, destinado a apoyar proyectos colaborativos de investigación y desarrollo en el ámbito de la defensa.

Teniendo en cuenta estos acontecimientos, la Comisión reafirma la necesidad de una mayor cooperación entre los Estados miembros en la contratación pública en materia de defensa. La presente Comunicación ofrece orientación sobre diversas posibilidades de contratación pública cooperativa en el ámbito de la defensa basadas en las disposiciones pertinentes de la Directiva. Cuando proceda, las disposiciones de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo ⁽¹¹⁾ (en adelante, «Directiva 2014/24/UE») sobre contratación pública, se tendrán en cuenta en la medida en que puedan ofrecer orientación sobre cómo enfocar determinadas cuestiones que no se abordan plenamente en la Directiva. Con la publicación de la presente Comunicación, la Comisión pretende ofrecer aclaraciones a los poderes adjudicadores de los Estados miembros, con el fin de aumentar la seguridad jurídica y minimizar los riesgos (inclusive los riesgos percibidos) que puedan derivarse del incumplimiento de la legislación de la UE sobre contratación pública. La Comisión considera que esto tendrá un efecto positivo en la contratación pública cooperativa en materia de defensa entre los Estados miembros.

La presente Comunicación analiza las posibilidades que la Directiva sobre contratación pública en materia de defensa y la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública ofrecen a los Estados miembros para promover la cooperación en la adjudicación de contratos públicos. Pretende proponer ejemplos de hipótesis de contratación pública cooperativa en defensa que podrían ser posibles con arreglo a las disposiciones de ambas Directivas. Dichas hipótesis difieren en algunos aspectos, pero tienen un elemento común muy importante, a saber, se refieren a situaciones en las que dos o más Estados miembros (posiblemente en cooperación con uno o más terceros países) trabajan juntos, mediante acuerdos *ad hoc* o estructurados, en la adquisición de equipos (o servicios) militares para su uso.

Cabe señalar que las hipótesis de contratación pública cooperativa incluidas en la presente Comunicación pueden aplicarse en principio tanto al ámbito de los equipos militares como al de los equipos sensibles de seguridad, dado que la Directiva se aplica a ambos aspectos ⁽¹²⁾.

La presente Comunicación se centra en las disposiciones de la Directiva sobre contratación pública en materia de defensa. No aborda otros temas como la armonización de los requisitos técnicos, la sincronización de los ciclos presupuestarios nacionales y otros temas jurídicos y administrativos que puedan tener un efecto significativo en la contratación pública cooperativa en el ámbito de la defensa. La AED está trabajando con los Estados miembros en muchos de estos temas. La Comunicación tiene también en cuenta el Vademécum de la AED sobre contratación pública cooperativa en materia de defensa (publicado inicialmente en abril de 2015).

La Comunicación no es jurídicamente vinculante. Únicamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es competente para ofrecer una interpretación jurídicamente vinculante de la legislación de la UE.

La sección 3 de la presente Comunicación sustituye a la sección 3.3 «Programas cooperativos» de la Nota orientativa de 2010 «Defensa- y seguridad- exclusiones específicas» ⁽¹³⁾ y al punto 6 de la Nota orientativa de 2010 «Investigación y desarrollo» ⁽¹⁴⁾, y la sección 4 reemplaza a la sección 2.4 «Normas de adjudicación de contratos de organizaciones internacionales» de la Nota de orientativa «Defensa- y seguridad- exclusiones específicas», de 2010 ⁽¹⁵⁾.

⁽⁸⁾ <https://www.consilium.europa.eu/media/23969/22-23-euco-final-conclusions-es.pdf>

⁽⁹⁾ Reglamento (UE) 2018/1092 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, por el que se establece el Programa Europeo de Desarrollo Industrial en materia de Defensa con el objetivo de apoyar la competitividad y la capacidad de innovación de la industria de la defensa de la Unión (DO L 200 de 7.8.2018, p. 65).
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1092&from=EN>.

⁽¹⁰⁾ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el Fondo Europeo de Defensa [COM(2018) 476 final-2018/0254 (COD)].

⁽¹¹⁾ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO L 94 de 28.3.2014, p. 65).

⁽¹²⁾ El ámbito de aplicación de la Directiva se define en su artículo 2.

⁽¹³⁾ <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15408/attachments/1/translations/>

⁽¹⁴⁾ <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/14833/attachments/1/translations/>

⁽¹⁵⁾ <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15408/attachments/1/translations/>

2. PROCEDIMIENTOS EN LOS CASOS EN LOS QUE ESTADOS MIEMBROS REALIZAN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA CONJUNTAMENTE

Esta sección analiza las diversas posibilidades de contratación pública conjunta por parte de los poderes adjudicadores de distintos Estados miembros. La contratación pública conjunta puede hacerse con o sin el uso de una central de compras. Con arreglo al artículo 1, apartado 18, la central de compras puede ser un organismo público europeo o una entidad o poder adjudicador de un Estado miembro (en la hipótesis de «país dirigente»).

2.1. Contratación pública conjunta sin el uso de una central de compras

Aunque la Directiva no dispone normas específicas relacionadas con los procedimientos de contratación pública conjunta en la que participen poderes adjudicadores de dos o más Estados miembros, el contexto normativo que ofrece la Directiva 2014/24/UE (en particular, su artículo 39) indica que la posibilidad de organizar dichos procedimientos conjuntos no es incompatible con los objetivos de la Directiva, siempre que se cumplan determinados requisitos. En particular, el uso de un procedimiento de contratación pública conjunta no debería tener como consecuencia la elusión de los requisitos establecidos en la Directiva. A este respecto, podría decirse que, en la medida en que los poderes adjudicadores basen sus procedimientos de contratación pública conjunta en los procedimientos estipulados en el artículo 39 de la Directiva 2014/24/UE para sus contrataciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, dichos procedimientos serán compatibles con la Directiva.

El artículo 39 de la Directiva 2014/24/UE proporciona los elementos que deberán determinarse en los acuerdos o regímenes de contratación pública conjunta: las responsabilidades de las partes de la contratación pública conjunta, las correspondientes disposiciones nacionales que sean de aplicación (incluidas las relativas a los recursos) y la organización interna del procedimiento de contratación. En aras de una mayor transparencia y seguridad jurídica, debe hacerse referencia en los documentos de contratación a la asignación de responsabilidades y a la legislación nacional aplicable.

Cuando dos o más poderes adjudicadores desarrollen conjuntamente un proceso de contratación pública en su totalidad, tendrán responsabilidad conjunta con respecto al cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la Directiva. Esto significa, en la práctica, que todos los poderes adjudicadores serán responsables de cualquier posible irregularidad o error en el procedimiento a la luz de las obligaciones que emanan de la Directiva.

No obstante, los operadores económicos que deseen ejercer sus derechos en virtud de la Directiva no deberán dirigirse a todos los poderes adjudicadores que participen en la contratación conjunta, sino únicamente al poder adjudicador responsable de la dirección del procedimiento de licitación. Por tanto, los operadores económicos solo tendrán que tratar con un poder adjudicador.

2.2. Contratación pública conjunta utilizando una central de compras

El artículo 10 de la Directiva regula la adquisición de obras, suministros o servicios por medio de una central de compras. Aunque el artículo 10 no establece normas relacionadas específicamente con situaciones en las que varios Estados miembros compren juntos a través de una central de compras, el contexto normativo indica que la posibilidad de organizar dichos procedimientos conjuntos no es incompatible con los objetivos de la Directiva, siempre que se cumplan determinados requisitos. En particular, el uso de una central de compras no debería dar lugar a la elusión de los requisitos establecidos en la Directiva. Por lo tanto, la adjudicación de contratos públicos por parte de varios poderes adjudicadores de distintos Estados miembros a través de una central de compras, parece una herramienta totalmente válida de contratación pública en el sector de la defensa, siempre que un acuerdo entre los Estados miembros participantes haga dicha contratación posible.

El artículo 1, apartado 18, de la Directiva define la central de compras como una entidad o poder adjudicador o un organismo público europeo que:

- adquiera suministros y/o servicios destinados a entidades o poderes adjudicadores, o
- adjudique contratos o celebre acuerdos marco de obras, suministros o servicios destinados a entidades o poderes adjudicadores ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ La correspondiente definición en la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública general es diferente en algunos aspectos. Según el artículo 2, apartado 1, punto 16, de dicha Directiva «una central de compras» es un poder adjudicador que realiza actividades de compra centralizadas y, eventualmente, actividades de compra auxiliares, mientras que según el artículo 2, apartado 1, párrafo 14), de la misma Directiva las «actividades de compra centralizadas» son actividades realizadas con carácter permanente, en alguna de las formas siguientes:

- a) la adquisición de suministros y/o servicios destinados a poderes adjudicadores,
- b) la adjudicación de contratos públicos o la celebración de acuerdos marco de obras, suministros o servicios destinados a poderes adjudicadores.

La Directiva 2014/24/UE define algunos aspectos organizativos de la participación de las centrales de compras e impone además una obligación de comunicación electrónica.

Por tanto, la central de compras podría ser la central de compras de uno de los Estados miembros que participa en la contratación pública conjunta o un organismo público europeo.

2.2.1. *Un organismo público europeo como central de compras*

Como ya se ha mencionado, el artículo 1, apartado 18, de la Directiva reconoce que un organismo público europeo, que no sea una entidad o poder adjudicador, puede actuar como central de compras en el sentido del artículo 10. La Directiva no define la noción de «organismo público europeo». No obstante, el considerando 23 indica que «los Estados miembros también deben ser libres para designar a organismos públicos europeos que no estén sujetos a la presente Directiva, como la Agencia Europea de Defensa, como centrales de compras, a condición de que dichos organismos apliquen a dichas compras normas de adjudicación de los contratos que sean conformes a las disposiciones de la presente Directiva».

En el caso de que la central de compras no sea un poder adjudicador, los poderes adjudicadores que la utilicen deberán asegurarse de que las normas aplicadas por la central de compras cumplan las normas establecidas en la Directiva. Aparte de esta especificidad, las normas que rigen el uso de un organismo público europeo como central de compras son las mismas que las relativas al uso de una central de compras que sea una entidad o poder adjudicador, tal y como se describe en el apartado anterior.

2.2.2. *La hipótesis de «país dirigente»*

La hipótesis de un país dirigente se refiere a la situación en la que dos o más Estados miembros realicen una compra conjunta y organicen dicha compra mediante la designación de la entidad o poder adjudicador de uno de los Estados miembros participantes como central de compras.

a) *Legislación aplicable y responsabilidades de las centrales de compras y sus usuarios*

Aunque la Directiva no contiene disposiciones específicas sobre la hipótesis de país dirigente, la Comisión considera que el contexto normativo que ofrece la Directiva 2014/24/UE (en particular, su artículo 39) indica que la posibilidad de organizar procedimientos conjuntos de compra según la hipótesis de un país dirigente no es incompatible con los objetivos de la Directiva, siempre que se cumplan determinados requisitos. En particular, el uso de la hipótesis de país dirigente no debería tener como consecuencia la elusión de los requisitos establecidos en la Directiva. A este respecto, la Comisión considera que dicha elusión queda excluida en situaciones en las que los poderes adjudicadores sigan *mutatis mutandis* los procedimientos estipulados en el artículo 39 de la Directiva 2014/24/UE para sus actividades de contratación pública incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva.

Así pues, en una situación en la que dos o más Estados miembros realicen una compra conjunta y organicen dicha compra mediante la designación de la entidad o poder adjudicador de uno de los Estados miembros participantes como central de compras, la compra conjunta se realizará de acuerdo con las disposiciones nacionales del Estado miembro en el que esté situada la central de compras (artículo 39, apartado 4, de la Directiva 2014/24/UE). Asimismo, por analogía con el artículo 39, apartado 4, de la Directiva 2014/24/UE, los acuerdos o convenios entre los Estados miembros participantes estipularán lo siguiente: las responsabilidades de la central de compras y de otros poderes adjudicadores, las correspondientes disposiciones nacionales que sean de aplicación (incluidas las relativas a los recursos) y la organización interna del procedimiento de contratación. En aras de una mayor transparencia y seguridad jurídica, debe hacerse referencia en las especificaciones y los documentos de contratación a la asignación de responsabilidades y a la legislación nacional aplicable.

b) *Responsabilidad relativa al cumplimiento de la Directiva*

Con respecto a la cuestión de dividir la responsabilidad relativa al cumplimiento de la Directiva, el artículo 10 establece que «se considerará que las entidades o poderes adjudicadores que adquieran obras, suministros y/o servicios por medio de una central de compras han respetado las disposiciones de la presente Directiva, siempre que: la central de compras haya respetado dichas disposiciones». Esto significa que un poder adjudicador que adquiera obras, suministros o servicios de o por medio de una central de compras, cumplirá sus obligaciones en virtud de la Directiva siempre que la central de compras por medio de la que se realiza la adquisición aplique la Directiva mediante la legislación nacional de transposición.

Puede haber circunstancias en las que la central de compras realice únicamente algunas partes del procedimiento de contratación por el resto de poderes adjudicadores. Puede ser el caso, por ejemplo, en el que una central de compras sea responsable de la adjudicación de un acuerdo marco y los poderes adjudicadores individuales sean los encargados de la reapertura del concurso de adjudicación de contratos específicos, basados en dicho acuerdo marco. En dichas circunstancias, los poderes adjudicadores que utilizan la central de compras serán los únicos responsables del cumplimiento de las obligaciones recogidas en la Directiva con respecto a aquellas partes del procedimiento de contratación pública que ellos hayan llevado a cabo.

Un acuerdo entre los Estados miembros participantes puede hacer dicha contratación pública posible.

3. PROGRAMAS COOPERATIVOS PARA EL DESARROLLO DE NUEVOS PRODUCTOS – ARTÍCULO 13, LETRA C), DE LA DIRECTIVA

El artículo 13, letra c), de la Directiva se refiere a una categoría específica de iniciativas de cooperación en materia de defensa. Establece una exclusión específica para los programas cooperativos basados en investigación y desarrollo. La Directiva no se aplicará a: «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».

Esta exclusión reconoce la especial importancia de los programas cooperativos a la hora de reforzar las capacidades militares europeas y de establecer una base industrial y tecnológica de la defensa europea (BITDE) sólida y competitiva, dado que dichos programas «contribuyen a desarrollar nuevas tecnologías y a soportar los elevados costes de investigación y desarrollo de complejos sistemas armamentísticos» (considerando 28 de la Directiva).

El artículo 11 de la Directiva aclara que: «Ninguna de las reglas, procedimientos, programas, acuerdos, regímenes o contratos mencionados en la presente sección podrán usarse con objeto de eludir las disposiciones de la presente Directiva». Esto afecta igualmente a la aplicación del artículo 13, letra c), de la Directiva.

3.1. «Basados en investigación y desarrollo»

Para que el artículo 13, letra c), sea de aplicación, un programa cooperativo debe basarse en investigación y desarrollo (en adelante, «I+D»). A los efectos de la Directiva 2009/81/CE, los términos investigación y desarrollo se definen en el artículo 1, apartado 27, mientras que el considerando 13 ofrece una explicación más amplia.

Según el artículo 1, apartado 27, «Investigación y desarrollo» se refiere a «todas las actividades que comprenden la investigación fundamental, la investigación aplicada y el desarrollo experimental, pudiendo incluir este último la realización de demostradores tecnológicos, es decir, dispositivos para demostrar el rendimiento de un nuevo concepto o una nueva tecnología en un entorno pertinente o representativo».

El considerando 13 dice: «A los efectos de la presente Directiva, los términos investigación y desarrollo deben abarcar la investigación fundamental, la investigación aplicada y el desarrollo experimental. La investigación fundamental consiste en trabajos experimentales o teóricos emprendidos principalmente con miras a adquirir nuevos conocimientos acerca de los fundamentos subyacentes de los fenómenos y hechos observables, sin perspectivas de una aplicación o un uso particulares. La investigación aplicada consiste asimismo en trabajos originales llevados a cabo con el fin de adquirir nuevos conocimientos, pero está encaminada principalmente hacia un fin u objetivo práctico. El desarrollo experimental consiste en un trabajo basado en los conocimientos existentes obtenidos a partir de la investigación y/o la experiencia práctica con miras a iniciar la fabricación de nuevos materiales, productos o dispositivos, establecer nuevos procesos, sistemas y servicios o mejorar de forma considerable los ya existentes. El desarrollo experimental puede incluir la realización de demostradores tecnológicos, es decir, dispositivos que demuestran el rendimiento de nuevos conceptos o nuevas tecnologías en un entorno pertinente o representativo. Los términos “investigación y desarrollo” no incluyen la realización y calificación de prototipos previos a la producción, herramientas e ingeniería industrial, diseño industrial o fabricación».

La condición según la cual un programa cooperativo debe estar basado en investigación y desarrollo quiere decir que el programa debe incluir una fase de investigación y desarrollo.

Para facilitar la consulta, I+D, en virtud del artículo 13, letra c), normalmente incluiría los niveles de madurez tecnológica⁽¹⁷⁾ 1 al 7. Estos niveles constituyen I+D en la medida en que implican adquirir nuevos conocimientos o combinar, dar forma, utilizar y probar nuevos conocimientos y capacidades con el fin de desarrollar productos, materiales, sistemas, procesos y servicios, nuevos o mejorados. A los efectos del artículo 13, letra c), no es necesario que el programa cooperativo incluya actividades que abarquen todos los niveles distintos de madurez tecnológica. La preparación de un prototipo previo a la producción (una versión probada para detectar problemas y matizar los procesos de fabricación antes de comenzar la producción) no puede, no obstante, considerarse como una actividad de investigación y desarrollo a los efectos de la Directiva.

Debe aclararse que la definición de I+D a los efectos de la Directiva debe entenderse sin perjuicio de las definiciones de I+D contenidas en otros actos de la UE.

3.2. El desarrollo de un nuevo producto

Una de las condiciones para la aplicabilidad del artículo 13, letra c), es el objetivo del programa, a saber, el desarrollo de un nuevo producto.

⁽¹⁷⁾ En el marco del Programa Horizonte 2020 se ofrece una descripción de los niveles de madurez tecnológica: http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/wp/2014_2015/annexes/h2020-wp1415-annex-g-tr1_en.pdf.

En línea con los objetivos más amplios del artículo 13, letra c), es decir, contribuir a desarrollar nuevas tecnologías y a soportar los elevados costes de investigación y desarrollo de complejos sistemas armamentísticos, los productos cooperativos basados en investigación y desarrollo para la actualización de productos existentes pueden, en determinadas circunstancias, entrar en el ámbito de aplicación de esta disposición. Para que el artículo 13, letra c), sea aplicable, la actualización en cuestión debe acarrear modificaciones importantes o mejoras sustanciales del producto. Los criterios pertinentes para valorar dichas modificaciones pueden ser: cambios significativos en el equipo existente; el alcance de las nuevas funcionalidades del equipo; cambios estructurales en plataformas.

3.3. Fases posteriores del ciclo de vida

Además del desarrollo de un nuevo producto, el artículo 13, letra c), establece que el programa puede incluir las fases posteriores para todo el ciclo de vida de ese producto o partes de dicho ciclo, tales como el desarrollo de prototipos previos a la creación de prototipos, la producción o el mantenimiento. Los contratos relacionados con estas fases posteriores están cubiertos por la exclusión, siempre que dichos contratos se adjudiquen también en el marco del programa cooperativo. Por el contrario, un Estado miembro que participe en la fase de investigación y desarrollo pero decida realizar adquisiciones para las siguientes fases del ciclo de vida del producto por separado, tendrá que aplicar la Directiva para la adjudicación de dichos contratos.

3.4. Contratos adjudicados en el marco de un programa cooperativo

El artículo 13, letra c), se aplica a todos los contratos adjudicados por o en nombre de entidades o poderes adjudicadores de Estados miembros en el marco de un programa cooperativo basado en I+D, en la medida que el contrato cumpla el resto de condiciones de dicha disposición. A este respecto, el considerando 28 indica explícitamente que la excepción del artículo 13, letra c), debería aplicarse a programas basados en I+D que sean gestionados por organizaciones internacionales, como la Organización Conjunta de Cooperación en materia de Armamento (OCCAR) o las agencias de la OTAN, o por agencias de la Unión Europea como la Agencia Europea de Defensa (AED), que a continuación adjudican los contratos en nombre de los Estados miembros. Lo mismo se aplica a contratos adjudicados por entidades o poderes adjudicadores de un Estado miembro en virtud del modelo de «país dirigente», actuando en nombre propio o en nombre de al menos otro Estado miembro.

Los contratos se adjudican «en el marco de un programa cooperativo» cuando los adjudica la entidad o entidades designadas a tal efecto por los regímenes que rige el programa cooperativo, y de conformidad con las normas y procedimientos contenidos en dichos regímenes. La existencia de varios regímenes para fases distintas del programa, o los cambios en la configuración de los Estados miembros participantes (siempre que al menos dos formen parte del programa), no excluyen el cumplimiento de esta condición para la aplicabilidad del artículo 13, letra c).

3.5. Programas «llevados a cabo conjuntamente por al menos dos Estados miembros»

Los programas cooperativos deben ser «llevados a cabo conjuntamente por al menos dos Estados miembros». La participación puede estar limitada o no a los Estados miembros de la UE. En otras palabras, los programas cooperativos con la participación de terceros países también están cubiertos por la exención, siempre que participen también al menos dos Estados miembros. En cualquier caso, y en consonancia con el artículo 11, las expresiones «llevados a cabo conjuntamente» y «programa cooperativo» implican que el programa debe basarse en un concepto realmente cooperativo. Por tanto, debe interpretarse que la participación en un programa cooperativo significa algo más que la mera adquisición de equipos, y debe incluir, en particular, la distribución proporcional de riesgos y oportunidades técnicos y financieros, la participación en la gestión del programa y la toma de decisiones con respecto a este. Dadas las diferencias entre los presupuestos de defensa de los Estados miembros y las necesidades de sus respectivas fuerzas armadas, el grado de contribución individual en los programas cooperativos puede variar considerablemente. Por lo tanto, la valoración de si un programa se basa en un concepto realmente cooperativo a los fines de la aplicación del artículo 13, letra c), debe centrarse en la naturaleza cooperativa del programa y en la calidad de la participación de cada Estado miembro, en lugar de en un enfoque cuantitativo.

Un programa de I+D gestionado por instituciones o agencias de la UE, es decir, ejecutado de conformidad con las normas de la UE y financiado a cargo del presupuesto de la Unión (o por otra organización internacional de la que al menos dos Estados miembros sean parte), constituiría un programa cooperativo llevado a cabo conjuntamente por al menos dos Estados miembros en el sentido del artículo 13, letra c). Dicho programa, como cualquier otro programa de I+D, podría continuarse en las fases posteriores a la I+D, en cuyo caso, los contratos adjudicados en el marco del programa de seguimiento podrían también quedar excluidos en virtud del artículo 13, letra c) (véase la sección 3.3 anterior).

3.6. Estados miembros que se incorporan posteriormente

Con el fin de estimular la participación de los Estados miembros en los programas cooperativos basados en I+D, la exclusión prevista en el artículo 13, letra c), debería interpretarse de tal manera que permita a los Estados miembros incorporarse a dicho programa una vez concluida la fase de I+D para las fases posteriores del ciclo de vida del producto, siempre que el Estado miembro en cuestión se convierta en un miembro de pleno derecho del programa. Esto significa que su participación se formaliza mediante un acuerdo o convenio con los otros Estados miembros participantes e implica que el nuevo Estado miembro disfruta de los mismos derechos y obligaciones reservados para los miembros del programa cooperativo. En línea con el artículo 11 de la Directiva, la participación del Estado o Estados miembros que se incorporan en una fase posterior debe ser una participación real en el programa, evitando cualquier elusión de las normas de la Directiva. En este caso, el Estado miembro en cuestión deberá también notificar su adhesión al programa.

3.7. Notificación a la Comisión

La parte final del artículo 13, letra c), enumera la información que los Estados miembros deben notificar a la Comisión a la conclusión del programa ⁽¹⁸⁾. Aunque no especifica lo detallada que debería ser la información sobre participación en I+D, la distribución de los gastos, y el reparto previsto para las adquisiciones, sobre la base del significado general de esta disposición debería interpretarse que se requiere información suficiente para demostrar:

- 1) que el programa está destinado al desarrollo de un nuevo producto o la actualización de un producto que cumpla las condiciones mencionadas en el apartado 3.2 anterior;
- 2) que la participación de los Estados miembros, en consonancia con el artículo 11 de la Directiva, es más que una contribución simbólica a un programa nacional y se trata de una participación real.

A tal fin, la notificación debería como mínimo indicar la parte de gastos de investigación y desarrollo en relación con el coste global del programa cooperativo y el acuerdo de reparto de gastos. Asimismo, debería facilitarse la parte prevista de compras por Estado miembro, únicamente en la medida en que dicha información esté ya disponible en el momento de la notificación.

Todos los Estados miembros participantes se responsabilizarán de su propia notificación. Los Estados miembros que se incorporen a un programa cooperativo tras sus fases iniciales, también tras la conclusión de la fase de I+D, deberán asimismo notificar a la Comisión su adhesión al programa (con la opción de incluir en copia al resto de los Estados miembros participantes).

Las notificaciones pueden enviarse por correo postal o por correo electrónico a la DG GROW (Unidad G3). La dirección de correo electrónico para las notificaciones es la siguiente: GROW-DEFENCE@ec.europa.eu.

La dirección postal es:

Comisión Europea
DG/GROW/G3
1049 Bruxelles/Brussel
BELGIQUE/BELGIË

En cuanto al calendario de notificación, el artículo 13, letra c), indica claramente que la comunicación debe tener lugar «en la conclusión de tal programa cooperativo». Esto significa que la notificación debe tener lugar poco después de la conclusión del programa cooperativo entre los distintos Estados miembros. En cualquier caso, la notificación debe realizarse antes de que se adjudiquen los contratos.

4. CONTRATACIÓN PÚBLICA A TRAVÉS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES – ARTÍCULO 12, LETRA C), DE LA DIRECTIVA

La Directiva no define la expresión «organización internacional». La nota orientativa de 2010 «Defensa- y seguridad-exclusiones específicas» ⁽¹⁹⁾ hace referencia a «una institución permanente con personalidad jurídica diferenciada, establecida por un tratado entre Estados soberanos u organizaciones intergubernamentales que posea sus propias normas y estructuras organizativas». La definición de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas ⁽²⁰⁾ es la siguiente: «una organización establecida por un tratado o por otro instrumento regido por el Derecho internacional y que posea su propia personalidad jurídica internacional».

El artículo 12, letra c), de la Directiva establece dos excepciones.

Con arreglo a la primera excepción, la Directiva no se aplica a contratos que se rijan por las normas específicas de procedimiento de una organización internacional que compre para sus fines. La última frase del considerando 26 de la Directiva aclara que este punto se refiere a «los contratos adjudicados por organizaciones internacionales para sus fines». Dado que la Directiva va dirigida a los Estados miembros y no es vinculante para las organizaciones internacionales, en virtud del artículo 12, letra c), las normas de la Directiva no se aplicarán a las compras realizadas por una organización internacional en su nombre y por cuenta propia.

Debe entenderse que las compras realizadas por una organización internacional para sus fines cubren las adquisiciones de equipos o servicios de defensa realizadas por una organización internacional para (la consecución de) sus fines o misiones, tal y como se definen habitualmente en los correspondientes instrumentos constitutivos. En otras palabras, debe existir una relación clara entre los fines y misiones de la organización internacional y lo adquirido y determinado en la adjudicación del contrato.

⁽¹⁸⁾ Esta información debe notificarse a la Comisión cuando el programa cooperativo se concierte únicamente entre Estados miembros.

⁽¹⁹⁾ Directiva 2009/81/CE sobre la adjudicación de contratos en los ámbitos de la defensa y la seguridad: Defensa- y seguridad- exclusiones específicas, Nota orientativa para los Servicios, Dirección General de Mercado Interior y servicios, <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15408/attachments/1/translations/>.

⁽²⁰⁾ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2011, Volumen II, Segunda parte, http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2011_v2_p2.pdf.

De conformidad con la segunda excepción establecida en el artículo 12, letra c), la Directiva no se aplica a «los contratos que deben ser concedidos por un Estado miembro» de conformidad con las normas de procedimiento de una organización internacional. Podría ser el caso, por ejemplo, de un Estado miembro que actúe en nombre de una organización internacional o reciba una contribución financiera de dicha organización para la ejecución del contrato, lo cual le obligue a aplicar las normas de procedimiento para la contratación pública específicas de la organización internacional.

El artículo 11 deja claro que los Estados miembros no pueden usar las adjudicaciones de contratos a través de organizaciones internacionales para eludir las disposiciones de la Directiva. El uso de la excepción establecida en el artículo 12, letra c), requiere que el Estado miembro que desee recurrir a dicha excepción pueda justificar dicha decisión [es decir, pueda demostrar que se cumplen las condiciones estipuladas en el artículo 12, letra c)].

5. CONVERGENCIA DE LAS CAPACIDADES EXISTENTES ENTRE ESTADOS

Ciertas disposiciones de la Directiva tratan explícitamente aquellas situaciones en las que al menos dos Estados miembros establecen una iniciativa de cooperación en defensa. Un ejemplo de una de estas disposiciones es la estipulada en el artículo 13, letra c), que aborda los programas cooperativos para el desarrollo de un nuevo producto basados en I+D y llevados a cabo conjuntamente por al menos dos Estados miembros (tal y como se describe en la sección 3).

También podría haber circunstancias en las que la decisión de cooperar e iniciar un proceso de convergencia de capacidades (por ejemplo, «poniendo en común y compartiendo recursos») con otro Estado miembro o un tercer país se lleve a cabo cuando la capacidad militar en cuestión ya esté en servicio en dicho Estado o país.

5.1. Cooperación en defensa en una fase posterior

La cooperación en materia de defensa puede requerir la adquisición por parte de un Estado miembro de una capacidad que otro Estado miembro o tercer país ya posee. Si la adquisición se realiza entre las existencias de ese otro Estado o país, el artículo 13, letra f), estipula que la Directiva no se aplicará a dicha adquisición. La Nota orientativa de la Comisión sobre la adjudicación de contratos de Gobierno a Gobierno explica las normas y mejores prácticas aplicables a esta situación ⁽²¹⁾.

5.2. Procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de contrato – artículo 28, apartado 1, letra e)

Además de las compras entre gobiernos, también es posible comprar directamente al productor del equipo en cuestión. El artículo 28, apartado 1), letra e), de la Directiva estipula que las entidades o poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos de obras, suministros y servicios por el procedimiento negociado, sin publicación previa de un anuncio de licitación «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».

El uso de este procedimiento debe justificarse en el anuncio de adjudicación del contrato, tal y como requiere el artículo 30, apartado 3, de la Directiva ⁽²²⁾.

El considerando 52 de la Directiva ofrece más explicaciones con respecto al artículo 28, apartado 1), letra e), de la Directiva y ejemplos de situaciones en las que el contrato solo pueda adjudicarse a un operador económico determinado. Según dicho considerando: «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».

⁽²¹⁾ Anuncio de la Comisión — Nota orientativa sobre la adjudicación de contratos de Gobierno a Gobierno en los ámbitos de la defensa y la seguridad [artículo 13, letra f), de la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo] [COM(2016) 7727 final] (DO C 450 de 2.12.2016, p. 1).

⁽²²⁾ Las entidades o poderes adjudicadores que hayan adjudicado un contrato o celebrado un acuerdo marco enviarán un anuncio sobre los resultados del procedimiento de adjudicación en un plazo máximo de 48 días a partir de la adjudicación del contrato o de la celebración del acuerdo marco.

En el caso de acuerdos marco celebrados con arreglo al artículo 29, las entidades o poderes adjudicadores quedarán exentos de la obligación de enviar un anuncio con los resultados de la adjudicación de cada contrato basado en el acuerdo marco.

Determinada información relativa a la adjudicación del contrato o a la celebración del acuerdo marco podrá no ser publicada en el caso de que su divulgación pueda constituir un obstáculo para aplicar la legislación, sea contraria al interés público, en particular a los intereses de defensa y/o seguridad o perjudique los intereses comerciales legítimos de operadores económicos públicos o privados, o pueda perjudicar la competencia leal entre ellos.

Dado que la adquisición tiene lugar sobre la base del artículo 28, apartado 1), letra e), de la Directiva, la adjudicación del contrato por parte del Estado miembro que realiza dicha adquisición estará sujeta a las disposiciones de la Directiva sobre procedimientos de recurso (artículo 55 y siguientes). Además, en cada circunstancia, la presencia de motivos técnicos que impidan la publicación del anuncio de licitación debe explicarse y justificarse debidamente, teniendo también en cuenta que la aplicabilidad de la excepción debe considerarse caso por caso y debe interpretarse en sentido estricto.

En situaciones de cooperación entre Estados en el sector de la defensa en las que un Estado miembro compre (directamente al productor) una capacidad de defensa que otro Estado miembro o tercer país que participa en la iniciativa de cooperación ya posea, las «razones técnicas» en el sentido del artículo 28, apartado 1, letra e), podrían justificarse, por ejemplo, si se cumplen las siguientes condiciones:

- se establece una iniciativa de cooperación real en materia de defensa (por ejemplo, «poniendo en común y compartiendo recursos», mantenimiento conjunto y apoyo en servicio, u operación conjunta) mediante un acuerdo internacional o convenio entre el Estado miembro que realiza la compra y otro Estado miembro o tercer país;
- esto tiene lugar antes de la definición de la estrategia de contratación pública por parte del Estado miembro que realiza la compra;
- tras evaluar si los productos o equipos del mercado permitirían llevar a cabo la iniciativa de cooperación en defensa, el Estado miembro que realiza la compra justifica que la contratación pública del equipo similar al que ya se encuentra en servicio en el otro Estado miembro o tercer país es lo único que permite la ejecución de dicha iniciativa de cooperación. Esta evaluación podría hacerse, por ejemplo, mediante el análisis de mercado previsto en el capítulo 3 de la Nota orientativa de la Comisión sobre la adjudicación de contratos de Gobierno a Gobierno en los ámbitos de la defensa y la seguridad [artículo 13, letra f) de la Directiva 2009/81/CE].

Las mencionadas «razones» para el uso del artículo 28, apartado 1, letra e), no se aplican a la contratación pública original del Estado miembro que adquirió en primer lugar la capacidad en cuestión.
