



Expediente: 38/21. Aplicación del procedimiento negociado a los contratos celebrados en el extranjero.

Clasificación de informes: 1. Ámbito de aplicación subjetiva. 1.5. Contratos en el exterior. 14. Procedimiento de adjudicación. 14.2. Procedimiento negociado.

ANTECEDENTES

El Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“La Oficialía Mayor del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación tiene competencias relativas a “la seguridad del Departamento en servicios centrales y en las Representaciones de España en el exterior”, así como a la “adquisición y gestión de vehículos en el extranjero”, de acuerdo con el artículo 21.2.a) del Real Decreto 644/2020, de 7 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

Para el ejercicio de estas competencias, la Oficialía Mayor desarrolla numerosas licitaciones, a cuyos contratos les es de aplicación la Disposición adicional primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

En relación con la aplicación de la mencionada Disposición adicional primera han surgido una serie de cuestiones, cuyos antecedentes se detallan a continuación como fundamento de esta consulta:

La Disposición adicional primera de la Ley 9/2017, en su apartado 1.d), señala que los contratos que se formalicen y ejecuten en el extranjero “podrán adjudicarse por



procedimiento negociado, debiendo conseguirse, siempre que sea posible, al menos tres ofertas de empresas capaces de cumplir los mismos”.

En relación con la referencia contenida en esta Disposición, se hace referencia al procedimiento negociado, de forma genérica, en cuanto a posible procedimiento de adjudicación de los contratos en el exterior. Atendiendo a esta referencia genérica, existen dos tipos de procedimiento de adjudicación que pueden entenderse incluidos en la misma, de acuerdo con el artículo 166.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre: el procedimiento de licitación con negociación (artículo 167) y el procedimiento negociado sin publicidad (artículo 168).

No obstante, partiendo de una interpretación literal del concepto de “procedimiento negociado” contenido en la Disposición adicional primera, como refiere el artículo 3.1 del Código Civil al señalar que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras”, se puede entender que aquél sólo se refiere al procedimiento negociado sin publicidad, ya que la alternativa no se denomina procedimiento negociado, sino procedimiento con negociación. Se considera, no obstante, atendiendo a los principios de publicidad, transparencia y libre concurrencia que rigen la contratación del sector público, que tiene cabida en este precepto también el procedimiento de licitación con negociación, por lo que ambos serían utilizables en la medida que concurren los presupuestos de hecho señalados por los artículos 167 y 168 de la citada Ley 9/2017, de 8 de noviembre, para cada uno de ellos.

Además, de forma específica en cuanto a los contratos licitados por la Oficialía Mayor del MAUC, los contratos de servicios de seguridad en las Representaciones de España en el exterior tienen una naturaleza propia y diferenciada por estar sujetos a ejecución en diversos países en los que las condiciones de seguridad integral de la Representación deben ser observadas de forma especialmente sensible por las circunstancias políticas o sociales existentes. Por ello, en muchos casos, los contratos de servicios de seguridad en el exterior son declarados como secretos o reservados, de acuerdo con el artículo 19.2.c) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, con el objetivo de garantizar la integridad de las medidas de seguridad.



En consonancia con esta declaración, siguiendo lo dispuesto por el artículo 168.a).3º. de la Ley 9/2017, dichos contratos pueden ser adjudicados siguiendo los trámites que rigen el procedimiento negociado sin publicidad. A ello ha de añadirse, conforme a lo ya expuesto, la aplicación de las especialidades contenidas en la mencionada Disposición adicional primera de la Ley 9/2017, en la medida que son contratos a ejecutar en el exterior, si se entiende que la referencia de dicha Disposición incluye la adjudicación a través del procedimiento negociado sin publicidad.

En atención a los antecedentes expuestos, se someten a consulta de la Junta Consultiva de Contratación del Estado las siguientes cuestiones:

1. La posibilidad de aplicación de ambos tipos de procedimiento con negociación (procedimiento de licitación con negociación y procedimiento negociado sin publicidad) al amparo de la Disposición adicional primera, optándose por cada uno de ellos de acuerdo con las circunstancias que los posibiliten de acuerdo con los artículos 167 y 168 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, en relación con contratos cuya ejecución tendrá lugar en el extranjero, de acuerdo con el apartado 1.d) de la Disposición adicional primera de la Ley 9/2017. O si, por el contrario, dicha Disposición adicional se refiere de forma exclusiva a la posibilidad de utilización del procedimiento negociado sin publicidad en todos los casos de adjudicación y ejecución del contrato en el extranjero, con la condición de buscar tres ofertas de empresas siempre que las condiciones lo hagan posible.

2. En los casos de contratos de servicios de seguridad para las Representaciones de España en el exterior que pudieran ser declarados secretos o reservados y, en consecuencia, sujetos a aplicación del artículo 168 de la Ley 9/2017, determinar si dicha adjudicación a través del procedimiento negociado sin publicidad sería compatible con el resto de disposiciones contenidas en la Disposición adicional primera en cuanto a contrato sujeto a adjudicación y formalización en el exterior.

Por todo lo anterior, se solicita informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado en relación con las cuestiones suscitadas en torno a la aplicación de la Disposición adicional primera y los distintos tipos de procedimiento con negociación a determinados contratos celebrados en el exterior.”



CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. En la primera de las cuestiones que nos plantea el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación inquiriere si, al amparo de la Disposición adicional primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), en aquellos contratos cuya ejecución vaya a tener lugar en el extranjero existe la posibilidad de aplicar los procedimientos de licitación con negociación y los procedimientos negociados sin publicidad, atendiendo a las circunstancias que concurran en cada caso.

2. En nuestro Informe 26/96, de 30 de mayo, ya indicamos que el legislador ha sido consciente de las dificultades de determinar el régimen jurídico de los contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero, dificultades derivadas, en buena medida, de la necesidad de conciliar los preceptos de las distintas legislaciones aplicables a estos contratos (la legislación española y la del país en el que el contrato se celebre y ejecute). Por esta razón, en diversas ocasiones se ha limitado a establecer una serie de reglas dotadas de cierta flexibilidad y a declarar que la aplicación de estas reglas se entiende sin perjuicio de los principios generales de la legislación de contratos públicos para resolver las dudas y lagunas que en su aplicación pudieran presentarse. Con ello se quiere resaltar el carácter flexible de gran parte de las reglas aplicables a estos contratos, lo que debe permitir una interpretación alejada de rigideces excesivas.

La regulación de las especialidades aplicables a los contratos que se han de celebrar y ejecutar en el extranjero encuentra diversos precedentes en nuestra legislación. Cabe citar, como ejemplo, el Artículo 117.1 d) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), en el que se indicaba que estos *“contratos podrán adjudicarse por procedimiento negociado, debiendo conseguirse, siempre que sea posible, tres ofertas al menos de empresas capaces de cumplir los mismos.”* En el mismo sentido se pronunciaba la Disposición adicional 1ª.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de



Contratos del Sector Público, que en su letra d) indicaba que *“sin perjuicio de lo establecido para los contratos menores, los contratos podrán adjudicarse por procedimiento negociado, debiendo conseguirse, siempre que sea posible, al menos tres ofertas de empresas capaces de cumplir los mismos.”*

Es importante destacar, asimismo, que tanto bajo la vigencia de la LCAP como bajo la de la LCSP de 2007, el legislador aludía de modo indistinto al procedimiento negociado para referirse a sus variantes o modalidades con o sin publicidad, considerando a éste último procedimiento (negociado sin publicidad) como una especie dentro del procedimiento negociado en general, que únicamente presentaba la peculiaridad de poder prescindir de la publicidad previa. Tal interpretación se puede ratificar acudiendo al artículo 153 de la LCSP de 2007 que indica que en el procedimiento negociado *“la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos”* y que añade que *“el procedimiento negociado será objeto de publicidad previa en los casos previstos en el artículo 161, en los que será posible la presentación de ofertas en concurrencia por cualquier empresario interesado. En los restantes supuestos, no será necesario dar publicidad al procedimiento, asegurándose la concurrencia mediante el cumplimiento de lo previsto en el artículo 162.1.”*

3. En la legislación actualmente vigente, la Disposición adicional 1º de la LCSP tiene un contenido idéntico al de las normas que la precedieron e indica que *“d) Sin perjuicio de lo establecido para los contratos menores, los contratos podrán adjudicarse por procedimiento negociado, debiendo conseguirse, siempre que sea posible, al menos tres ofertas de empresas capaces de cumplir los mismos.”* Resulta ilustrativo del parecer del legislador el hecho de que el precepto indique que estos contratos que se formalizan y ejecutan en el extranjero *“podrán adjudicarse”* por el procedimiento negociado. No resulta difícil concluir, al hilo de lo anterior, que acudir a este procedimiento se constituye como una posibilidad, y que el órgano de contratación podrá aplicar cualquier otro procedimiento de los regulados en la Ley, si ello es posible y lo considera conveniente. Cabe recordar que, fuera de los supuestos en que el órgano de contratación aplique el procedimiento negociado, cosa que como hemos señalado puede hacer, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia ha destacado en su documento Recomendaciones a los poderes públicos para una intervención favorecedora de la competencia en los mercados y la recuperación económica inclusiva (G-2021-01) que es conveniente optar



preferentemente por el procedimiento abierto por ser en mayor medida favorecedor de la competencia.

4. A la hora de decidir si el procedimiento negociado al que alude el legislador es el negociado ordinario o el negociado sin publicidad del artículo 168 de la LCSP resulta capital, a nuestro juicio, valorar la expresión literal empleada en el precepto en el sentido de que, cuando se emplee esta modalidad procedimental, deberán *“conseguirse, siempre que sea posible, al menos tres ofertas de empresas capaces de cumplir los mismos”*. Esta es una circunstancia que resulta característica y peculiar del procedimiento negociado sin publicidad. El verbo *“conseguir”* implica que el órgano de contratación deberá tratar de encontrar esas tres ofertas, esto es, que tiene que realizar una actuación positiva para buscarlas. Tal cosa no parecería necesaria si se acude a un procedimiento entre cuyos trámites figure la publicación del anuncio de licitación que es propia del procedimiento negociado con publicidad, pues en este caso serían los licitadores interesados (sin limitación de número) los que dirigirían sus ofertas a la entidad contratante. A ello hay que añadir que, al aplicarse las reglas del procedimiento restringido, en condiciones normales el número de invitaciones no podrá ser inferior a cinco (artículo 162), no a tres, como señala el precepto que analizamos en este informe. Cabe destacar finalmente, como ya hemos indicado con anterioridad, que esta redacción es la misma que la Ley de 2007 recogía al regular el procedimiento negociado sin publicidad, por lo que no se aprecia cambio alguno en el criterio del legislador.

En suma, a la cuestión de qué tipo de procedimiento negociado se menciona en la Disposición adicional primera de la LCSP cabe responder que en el mismo se faculta al órgano de contratación a aplicar el procedimiento negociado sin publicidad, sin más carga que la de intentar conseguir 3 ofertas, conclusión ésta que resulta plenamente coherente con la idea general de flexibilización de la contratación que late en toda la citada disposición.

5. En la segunda de las cuestiones planteadas en la consulta se nos pregunta si en el caso de contratos de servicios referidos a la seguridad de las representaciones de España en el exterior que pudieran ser declarados secretos o reservados, la adjudicación a través del procedimiento negociado sin publicidad sería compatible con el resto de disposiciones contenidas en la Disposición adicional primera.



El artículo 168 a) 3º de la LCSP permite la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad previa en los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, en los *“casos en que el contrato haya sido declarado secreto o reservado, o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en la letra c) del apartado 2 del artículo 19.”* Este precepto lógicamente es aplicable a los contratos de las Administraciones Públicas, como sería el caso de los contratos propios del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación.

Pues bien, si, por un lado, la Disposición adicional 1ª de la LCSP permite la utilización del procedimiento negociado sin publicidad para licitar los contratos celebrados en el extranjero y, por otro lado, este tipo de tramitación está específicamente prevista para los contratos declarados secretos o reservados, no puede haber ninguna duda de que en un supuesto como el que se plantea es posible emplear el procedimiento negociado sin publicidad del artículo 168 a) 3º de la LCSP. No existe razón alguna para concluir lo contrario.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

1. Cuando la Disposición adicional 1ª.1 d) de la LCSP alude al procedimiento negociado se está refiriendo, con carácter potestativo, al procedimiento negociado sin publicidad del artículo 168 de la LCSP.
2. En los contratos celebrados en el extranjero que se hayan declarado secretos o reservados es posible emplear el procedimiento negociado sin publicidad del artículo 168 a) 3º de la LCSP.