

Junta Superior de Contractació Administrativa
C/ Palau, 12 -3a planta
46001 VALÈNCIA
Tel.: 961613072

Adreça: secretaria_JSCA@gva.es

Ref .: SUB/SCC/mvt-asm

Assumpte: Informe 10/2018

INFORME 10/2018, DE 22 D'OCTUBRE DE 2018, CONTRACTES DE RECERCA I DESENVOLUPAMENT EXCLOSOS DE LA LLEI DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC

ANTECEDENTS

En data 3 de juliol de 2018, ha tingut entrada, pel Registre Departamental de la Generalitat Valenciana, en la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa, sol·licitud d'informe de la Conselleria d'Agricultura, Medi Ambient, Canvi Climàtic i Desenvolupament Rural, mitjançant el qual formula una consulta del tenor literal següent :

“CONSULTA PLANTEJADA PER LA DIRECCIÓ GENERAL DEL CANVI CLIMÀTIC I QUALITAT AMBIENTAL DE LA CONSELLERIA D'AGRICULTURA, MEDI AMBIENT, CANVI CLIMÀTIC I DESENVOLUPAMENT RURAL SOBRE LA POSSIBILITAT DE SUBSCRIURE UN CONTRACTE DE RECERCA I DESENVOLUPAMENT AMB UN ORGANISME AUTÒNOM I UNA FUNDACIÓ.

De conformitat amb el que es preveu en l'article 9 del Decret 35/2018, de 23 de març, del Consell, pel qual es regula la Junta Superior de Contractació Administrativa, el Registre Oficial de Contractes de la Generalitat, el Registre de Contractistes i Empreses Classificades de la Comunitat Valenciana, i la Central de Compres de la Generalitat i s'adopten mesures respecte de la contractació centralitzada, aquesta direcció general sol·licita a la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat INFORME sobre la possibilitat i viabilitat de dur a terme dos contractes tenint en compte, d'una banda, la naturalesa jurídica dels subjectes destinataris dels contractes i, d'una altra, la interpretació de l'article 8 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es traslladen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014.

En aquest sentit, s'assenyalen els següents aspectes:

1) Es planteja la possibilitat de subscriure un contracte d'investigació, dels exceptuats de l'exclusió de l'article 8 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, amb el Centre d'Estudis Ambientals del Mediterrani (CEAM), que és una fundació vinculada a la Generalitat Valenciana. Aquest contracte tindria per objecte la investigació relacionada amb problemàtiques no plantejades fins al moment respecte a la contaminació atmosfèrica de la Comunitat Valenciana.

2) També se suscita l'opció de dur a terme un contracte, dels exceptuats de l'exclusió de l'article 8 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, amb l'Institut Geològic i Miner d'Espanya (IGME), que és un organisme públic d'investigació estatal amb caràcter d'organisme autònom, amb la finalitat de dur a terme una investigació sobre hidrogeologia en una zona de la Comunitat Valenciana, amb la finalitat que en el futur, sobre la base dels resultats obtinguts, pugui ser útil per a futures preses de decisió i per a solucionar problemes no resolts.

3) Finalment, l'article 8 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic assenyala que queden exclosos d'aquesta llei els contractes de recerca i desenvolupament, excepte una sèrie de codis CPV esmentats l'article citat, sempre que es complisquen dos requisits:

a) Que els beneficis pertanguen exclusivament al poder adjudicador per a la seua utilització en l'exercici de la seua pròpia activitat.

b) Que el servei prestat es remunere íntegrament pel poder adjudicador.

Tenint en compte la informació exposada més amunt, per part d'aquesta direcció general es plantegen les qüestions següents:

a) Què s'interpreta amb el terme investigació, tenint en compte l'esmentat article 8. En aquest sentit, si entrarien en la categoria de contractes administratius per raó del seu objecte. I si no és així, quin tipus de contractes seria possible dur a terme.

b) Si existeix algun impediment legal per a dur a terme aquests dos contractes si els destinataris són, d'una banda, la fundació CEAM, vinculada a la Generalitat Valenciana i, d'altra banda, l'Organisme Autònom Estatal IGME. Si existeix una prohibició en aquest sentit, quina seria la manera més adequada de poder dur a terme aquests dos treballs de recerca entre la Conselleria d'Agricultura, Medi Ambient, Canvi Climàtic i Desenvolupament Rural i els dos destinataris anteriorment esmentats."

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

La consulta de la Conselleria d'Agricultura, Medi Ambient, Canvi Climàtic i Desenvolupament Rural planteja, d'una banda, una qüestió d'interés general, relativa a la interpretació jurídica i al sentit jurídic que ha de donar-se al terme investigació en la legislació de contractes del sector públic, i d'altra banda, una qüestió més concreta com és la viabilitat de contractar sengles treballs de recerca en matèria de medi ambient amb una fundació vinculada a la Generalitat i amb un organisme públic d'investigació de titularitat estatal, respectivament.

Pel que fa a la primera qüestió, la consulta reflecteix el diferent règim jurídic al qual estan sotmesos els contractes d'investigació del sector públic en funció que es troben o no entre els supòsits exclosos de l'àmbit d'aplicació de la Llei 9/2017, de contractes del sector públic (LCSP), definits en l'article 8 d'aquesta llei en els termes següents:

Article 8. Negocis i contractes exclosos en l'àmbit de la investigació, el desenvolupament i la innovació.

Queden exclosos d'aquesta llei els contractes de recerca i desenvolupament, excepte els que, a més d'estar inclosos en els codis CPV 73000000-2 (serveis de recerca i desenvolupament i serveis de consultoria connexos), 73100000-3 (servei de recerca i desenvolupament experimental), 73110000-6 (serveis de recerca), 73111000-3 (serveis de laboratori de recerca), 73112000-0 (serveis de recerca marina); 73120000-9 (serveis de desenvolupament experimental), 73300000-5 (disseny i execució en matèria de recerca i desenvolupament), 73420000-2 (estudi de viabilitat i demostració tecnològica) i 73430000-5 (assaig i avaluació), complisquen les dues condicions següents:

a) Que els beneficis pertanguen exclusivament al poder adjudicador per a la seua utilització en l'exercici de la seua pròpia activitat.



b) Que el servei prestat es remunere íntegrament pel poder adjudicador.

Vist aquest precepte i atés que la divisió 73 del CPV, a la qual correspon el codi 73000000-2, conté la totalitat dels treballs i serveis de recerca i desenvolupament, inclosos els citats expressament en l'article esmentat i els que encara no tinguen un codi i un descriptor específics assignats, es dedueix que, sempre que es donen simultàniament les circumstàncies descrites en les lletres *a* i *b* anteriors, la contractació de qualssevol treballs o serveis d'investigació s'exceptuarà de l'exclusió de l'àmbit d'aplicació de la LCSP i, en tal cas, si a més l'entitat contractant és una administració pública, el contracte tindrà caràcter administratiu i li serà plenament d'aplicació la LCSP des de la seua preparació i adjudicació fins a la seua extinció.

La redacció de l'article 8 de la LCSP sembla que té l'origen en el que es disposa per als contractes d'investigació en la Directiva 2004/24/UE, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública (en endavant, la Directiva), però no és una mera i literal transposició d'aquesta. En principi, podria semblar que l'única cosa que ha fet el legislador espanyol és estendre l'aplicació de la norma de la Directiva a tots els contractes d'investigació, superen els seus imports el corresponent llindar de regulació harmonitzada o no, però certament, no solament ha consistit en això.

En l'article 14 de la Directiva es va disposar el següent:

Article 14

Serveis de recerca i desenvolupament

Aquesta directiva s'aplicarà únicament als contractes de serveis públics de recerca i desenvolupament inclosos en els codis CPV 73000000-2 a 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 i 73430000-5, sempre que es complisquen les dues condicions següents:

a) Que els beneficis pertanguen exclusivament al poder adjudicador per a la seua utilització en l'exercici de la seua pròpia activitat.

b) Que el servei prestat es remunere íntegrament pel poder adjudicador.

Com pot apreciar-se si es comparen tots dos preceptes, en la norma espanyola, a més d'invertir el sentit positiu de la Directiva, s'ha substituït l'expressió "contractes de serveis públics de recerca i desenvolupament" per la de "contractes de recerca i desenvolupament" sense més. I mentre que el títol de l'article 14 de la Directiva fa referència als "serveis de recerca i desenvolupament", el de l'article 8 de la LCSP es refereix als "contractes en l'àmbit de la Investigació, el desenvolupament i la innovació", cosa que, a més d'incloure aquesta última activitat (innovació), suggereix que l'objecte de tals contractes pot comprendre no solament serveis sinó també subministraments o altres prestacions. Finalment, s'ha de remarcar també que en el cas de la Directiva, a diferència de la LCSP, el citat article 14 no es troba entre les normes que estableixen les exclusions de contractes als quals no s'aplicarà la Directiva, recollides en la secció 3 del capítol i del seu títol I, sinó en una altra secció diferent dedicada a situacions que necessiten un tractament específic, com ara la dels contractes subvencionats o els relacionats amb la seguretat o la defensa. Aquesta regulació té la seua justificació en la mateixa Directiva i, concretament, el seu considerant (35) n'aclareix la finalitat en assenyalar com a motius els següents:

(35) Ha de fomentar-se el cofinançament dels programes de recerca i desenvolupament (I+D) per part de la indústria. Com a conseqüència, ha de precisar-se que aquesta Directiva només és aplicable en els casos en què no existisca aquest cofinançament i que els resultats de les activitats d'I+D siguen imputables al poder adjudicador de què es tracte. Això no ha d'excloure la possibilitat que el proveïdor de serveis que haja dut a terme aquestes activitats publique un informe sobre aquest tema mentre el poder adjudicador conserve el dret exclusiu d'utilitzar els resultats d'I+D en l'exercici de la seua pròpia activitat. No obstant això, qualsevol posada en comú fictícia dels resultats d'I+D o qualsevol participació simbòlica en la

retribució del proveïdor de serveis no ha d'impedir l'aplicació d'aquesta directiva.

En conseqüència, les condicions relatives al finançament de l'activitat d'investigació i a la titularitat dels drets d'utilització dels resultats són les circumstàncies que per si soles determinen l'exclusió del contracte de l'àmbit d'aplicació de la LCSP o no. Així ho entén també la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat en el seu informe corresponent a l'expedient 38/18, en el qual, davant una consulta de la Universitat de Santiago de Compostel·la arriba, entre altres, a la conclusió següent:

Els contractes de serveis i subministrament celebrats per les universitats públiques que tinguen per objecte prestacions o productes necessaris per a l'execució de projectes d'investigació, desenvolupament i innovació tecnològica o serveis tècnics, (...) estaran subjectes o exclosos de l'àmbit d'aplicació de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic depenent de si compleixen les condicions descrites en l'article 8 d'aquesta llei o no.

En el nostre cas, com bé planteja la consulta, a més d'aquestes condicions, és necessari també resoldre què ha d'entendre's per investigació o per recerca i desenvolupament, tenint en compte que la conselleria consultant no és una universitat ni un centre d'investigació pròpiament dit i no existeix ni en la Directiva ni en la Llei 9/2017 una definició del terme investigació o dels contractes de recerca i desenvolupament als quals aquesta llei es refereix.

La Llei 14/2011, d'1 de juny, de la ciència, la tecnologia i la innovació (LCTI), conté disposicions específiques que, sense arribar a definir estrictament el concepte investigació o establir límits precisos d'aquesta activitat, sí que perfilen els elements que la componen. Així, quant a la seua finalitat i objectius, l'article 1 es refereix a "la investigació, el desenvolupament experimental i la innovació com a elements sobre els quals ha d'assentar-se el desenvolupament econòmic sostenible i el benestar social", i l'article 2 estableix que el primer objectiu general de la llei és "fomentar la investigació científica i tècnica en tots els àmbits del coneixement".

En segon lloc, indirectament, l'article 13 de la LCTI, en definir què es considera personal investigador a l'efecte d'aquesta llei, efectua una descripció de l'activitat investigadora, que entén "com el treball creatiu fet de forma sistemàtica per a incrementar el volum de coneixements, inclosos els relatius a l'ésser humà, la cultura i la societat, l'ús d'aquests coneixements per a crear noves aplicacions, la seua transferència i la seua divulgació".

L'anterior definició es troba d'acord amb la que consta en el preàmbul de la LCTI: *Es considera el concepte d'investigació científica i tècnica com a equivalent al de recerca i desenvolupament, entés com el treball creatiu fet de forma sistemàtica per a incrementar el volum de coneixements, inclosos els relatius a l'ésser humà, la cultura i la societat, l'ús d'aquests coneixements per a crear noves aplicacions, la seua transferència i la seua divulgació.*

Com a conseqüència, ha de concloure's que, independentment que el contingut del contracte es trobe comprés en l'àmbit d'aplicació de la LCSP o no, la seua consideració com a contracte de recerca i desenvolupament depén que els treballs objecte del contracte puguin entendre's compresos en la definició que assenyalava la LCTI i que la seua finalitat es corresponga amb alguna de les indicades en aquesta llei.

Pel que fa a la segona qüestió plantejada en la consulta de la Conselleria d'Agricultura, Medi Ambient, Canvi Climàtic i Desenvolupament Rural, relativa a si existeix algun impediment legal per a contractar directament amb la fundació CEAM i l'organisme estatal d'investigació IGME sengles treballs de recerca i, si fora així, quina seria la manera més adequada de poder dur a terme aquestes investigacions amb les entitats esmentades, cal començar per assenyalar que, si el seu objecte no està exclòs de l'àmbit d'aplicació de la LCSP, només seria possible l'adjudicació directa de tals contractes a aquestes entitats si es donara el supòsit d'exclusivitat previst en l'article 168 a 2n de la LCSP o si el seu import no supera el llindar



dels contractes menors establert en la llei.

No obstant, tal com hem manifestat anteriorment, la circumstància que a tals contractes els siguin aplicables les normes de la LCSP que regulen els contractes administratius, o que, per contra, es troben exclosos del seu àmbit d'aplicació, depèn que es complisquen les condicions descrites en les lletres a i b de l'article 8 de la LCSP o no. En el cas que ambdues condicions no concórreguen simultàniament, el contracte es trobarà exclòs de l'àmbit d'aplicació de la LCSP i es regirà per les normes especials que resulten d'aplicació, i s'hi aplicaran els principis de la LCSP només per a resoldre els dubtes o les llacunes que pogueren presentar-se (art. 4 de la LCSP).

Quant a les normes especials en la matèria, l'article 3 de la LCTI determina els qui són les entitats que constitueixen el seu àmbit subjectiu i les seues diverses funcions en el sistema espanyol d'I+D+i :

Article 3. Sistema espanyol de ciència, tecnologia i innovació.

1. A l'efecte d'aquesta llei, s'entén per sistema espanyol de ciència, tecnologia i innovació el conjunt d'agents, públics i privats, que desenvolupen funcions de finançament, d'execució o de coordinació en aquest, així com el conjunt de relacions, estructures, mesures i accions que s'implementen per a promoure, desenvolupar i donar suport a la política d'investigació, el desenvolupament i la innovació en tots els camps de l'economia i de la societat.

Aquest Sistema, que es configura en els termes que es contempnen en aquesta llei, està integrat, pel que fa a l'àmbit públic, per les polítiques públiques desenvolupades per l'Administració general d'Estat i per les desenvolupades, en el seu àmbit, per les Comunitats Autònomes.

2. Són agents de coordinació les administracions públiques, així com les entitats vinculades o dependents d'aquestes, quan desenvolupen funcions de disposició metòdica o concert de mitjans i recursos per a dur a terme accions comunes en matèria d'investigació científica i tècnica o d'innovació, amb la finalitat de facilitar la informació recíproca, l'homogeneïtat d'actuacions i l'acció conjunta dels agents del Sistema espanyol de ciència, tecnologia i innovació, per a obtindre la integració d'accions en la globalitat del sistema.

La coordinació general de les actuacions en matèria d'investigació científica i tècnica es durà a terme per l'Administració general de l'Estat, mitjançant els instruments que estableix aquesta llei.

3. Són agents de finançament les administracions públiques, les entitats vinculades o dependents d'aquestes i les entitats privades, quan sufraguen les despeses o costos de les activitats d'investigació científica i tècnica o d'innovació que duguen a terme altres agents, o aporten els recursos econòmics necessaris per a la realització d'aquestes activitats.

4. Són agents d'execució les entitats públiques i privades que duguen a terme la investigació científica i tècnica o la innovació, o que hi donen suport.

Per tant, d'acord amb això, s'han de considerar agents del sistema espanyol de ciència, tecnologia i innovació tant la Conselleria d'Agricultura, Canvi Climàtic i Desenvolupament Rural quan sufraguen despeses o costos de la investigació científica i tècnica, com les dues entitats a les quals es refereix la consulta, pel fet que són les que executen els treballs de recerca científica d'interès social als quals es refereix la consulta.

Així mateix, per al desenvolupament i realització de les activitats d'I+D+i, l'article 34 de la LCTI faculta expressament a les entitats que conformen el sistema espanyol de ciència, tecnologia i innovació per a subscriure convenis de col·laboració en els termes següents:

Article 34. Convenis de col·laboració.

1. Els agents públics del sistema espanyol de ciència, tecnologia i innovació, inclosos les universitats públiques, els organismes públics d'investigació de l'Administració general de l'Estat, els organismes d'investigació d'altres administracions públiques, i els centres i institucions del Sistema Nacional de Salut, podran subscriure convenis de col·laboració subjectes al dret administratiu. Podran celebrar aquests convenis els propis agents públics entre si, o amb agents privats que duguin a terme activitats d'investigació científica i tècnica, nacionals, supranacionals o estrangers, per a la realització conjunta de les activitats següents:

a) Projectes i actuacions d'investigació científica, desenvolupament i innovació.

b) Creació o finançament de centres, instituts i unitats d'investigació

c) Finançament de projectes científicotècnics singulars.

d) Formació de personal científic i tècnic.

e) Divulgació científica i tecnològica.

f) Ús compartit d'immobles, d'instal·lacions i de mitjans materials per al desenvolupament d'activitats d'investigació científica, desenvolupament i innovació.

2. En aquests convenis s'inclouran les aportacions que facen els intervinents, així com el règim de distribució i protecció dels drets i resultats de la investigació, el desenvolupament i la innovació. La transmissió dels drets sobre aquests resultats s'haurà de fer amb una contraprestació que es corresponga amb el seu valor de mercat.

3. L'objecte d'aquests convenis no podrà coincidir amb el de cap dels contractes regulats en la legislació sobre contractes del sector públic.

(...)

En conseqüència, tenint en compte el que es disposa en els articles 4 i 8 de la LCSP i en els anteriors preceptes de la LCTI, s'ha de respondre's també a la segona qüestió plantejada en la consulta de la Conselleria en el sentit que, sempre que els treballs de recerca que es volen encarregar a la Fundació CEAM i a l'IGME no es troben inclosos en l'àmbit d'aplicació de la LCSP, per no concórrer simultàniament les condicions establides en les lletres *a* i *b* de l' article 8, és possible plantejar-se la subscripció d'un conveni de col·laboració dels previstos en l'article 34 de la LCTI, la qual cosa també es troba d'acord amb el que s'estableix en l'article 6 de la LCSP.

CONCLUSIONS

1. La circumstància que als contractes de recerca i desenvolupament celebrats per una administració pública els siguin aplicables les normes de la Llei de contractes del sector públic que regulen els contractes administratius, o que per contra es troben exclosos del seu àmbit d'aplicació, depén que es complisquen les condicions descrites en les lletres *a* i *b* de l'article 8 de aquesta llei o no. En el cas que



ambdues condicions no concórreguen simultàniament, el contracte es trobarà exclòs de l'àmbit d'aplicació de la LCSP i es regirà per les normes especials que hi resulten aplicables, aplicant-se els principis de la LCSP només per a resoldre els dubtes o llacunes que pogueren presentar-se.

2. La Conselleria d'Agricultura, Canvi Climàtic i Desenvolupament Rural, per a contractar i sufragar activitats de investigació científica i tècnica en matèries de la seua competència, desenvolupades per entitats que com les citades en la consulta tinguen la condició d'agents del sistema espanyol de ciència, tecnologia i innovació, pot celebrar convenis de cooperació amb aquestes entitats sempre que aquests es troben exclosos de l'àmbit d'aplicació de la Llei de Contractes del sector públic per no concórrer les dues condicions descrites en els apartats a i b de l'article 8 d'aquesta llei.

Aquest informe s'emeta a l'empareda del que es disposa en els articles 2.1 i 9 del Decret 35/2018, de 23 de març, del Consell, pel qual es regula la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i tindrà caràcter no vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en aquest últim cas.

LA SECRETÀRIA

Vistiplau LA PRESIDENTA
SUBSECRETARIA D'HISENDA I MODEL ECONÒMIC

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
en data 22 d'octubre de 2018