

Junta Superior de Contractació Administrativa
C/ Palau, 12 -3a planta
46001 VALÈNCIA
Tel.: 961 613072

Correo: secretaria_JSCA@gva.es

Ref .: SUB/SCC/mvt-asm
Asunto : Informe 10/2018

INFORME 10/2018, DE 22 DE OCTUBRE DE 2018, CONTRATOS DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO EXCLUIDOS DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

ANTECEDENTES

En fecha 3 de julio de 2018, ha tenido entrada, por el Registro Departamental de la Generalitat Valenciana, en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe de la Conselleria de Agricultura, Medio Ambiente, Cambio Climático y Desarrollo Rural, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

“CONSULTA PLANTEADA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DEL CAMBIO CLIMÁTICO Y CALIDAD AMBIENTAL DE LA CONSELLERIA DE AGRICULTURA, MEDIO AMBIENTE, CAMBIO CLIMÁTICO Y DESARROLLO RURAL SOBRE LA POSIBILIDAD DE REALIZAR UN CONTRATO DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO CON UN ORGANISMO AUTÓNOMO Y UNA FUNDACIÓN.

De conformidad con lo previsto en el artículo 9 del Decreto 35/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regula la Junta Superior de Contratación Administrativa, el Registro Oficial de Contratos de la Generalitat, el Registro de contratistas y empresas clasificadas de la Comunitat Valenciana y la Central de Compras de la Generalitat y se adoptan medidas respecto de la contratación centralizada, esta Dirección General solicita a la Junta Superior de contratación Administrativa de la Generalitat INFORME sobre la posibilidad y viabilidad de realizar dos contratos teniendo en cuenta, por un lado, la naturaleza jurídica de los sujetos destinatarios de los contratos y, por otro, la interpretación del artículo 8 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 este sentido, se señalan los siguientes aspectos:

1) Se plantea la posibilidad de realizar un contrato de investigación de los exceptuados de la exclusión del artículo 8 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público con el Centro de Estudios ambientales del Mediterráneo (CEAM), que es una fundación vinculada a la Generalitat Valenciana. Este contrato tendría por objeto la investigación relacionada con problemáticas no planteadas hasta el momento respecto a la contaminación atmosférica de la Comunitat Valenciana.

2) También se suscita la opción de llevar a cabo un contrato de los exceptuados de la exclusión del artículo 8 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público con el Instituto Geológico y Minero de España (IGME), que es un organismo público de investigación estatal con carácter de organismo autónomo, con la finalidad de llevar a cabo una investigación sobre hidrogeología en una zona de la Comunitat Valenciana, con el fin de que en el futuro, en base a los resultados obtenidos, pueda ser útil para futuras tomas de decisión y para solucionar problemas no resueltos.

3) Por último, el artículo 8 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público señala que quedan excluidos de esta ley los contratos de investigación y desarrollo, excepto una serie de códigos CPV mencionados en el citado artículo, siempre que se cumplan dos requisitos:

a) Que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad.

b) Que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador.

Teniendo en cuenta la información expuesta arriba, por parte de esta Dirección General se plantean las siguientes cuestiones:

a) Qué se interpreta con el término "investigación" teniendo en cuenta el citado artículo 8. En este sentido, si entrarían en la categoría de contratos administrativos por razón de su objeto. Y si no es así, que tipos de contratos sería posible realizar.

b) Si existe algún impedimento legal en llevar a cabo estos dos contratos si los destinatarios son, por un lado, la fundación CEAM, vinculada a la Generalitat Valenciana y, por otro lado, el Organismo Autónomo Estatal IGME. Si existe una prohibición en este sentido, cuál sería la manera más adecuada de poder llevar a cabo estos dos trabajos de investigación entre la Conselleria de Agricultura, Medio Ambiente, Cambio Climático y Desarrollo Rural y los dos destinatarios anteriormente mencionados."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La consulta de la Conselleria de Agricultura, Medio Ambiente, Cambio Climático y Desarrollo Rural plantea, por una parte, una cuestión de interés general, relativa a la interpretación y sentido jurídicos que debe darse al término investigación en la legislación de contratos del sector público, y por otra una cuestión más concreta como es la viabilidad de contratar sendos trabajos de investigación en materia de medio ambiente con una fundación vinculada a la Generalitat y con un organismo público de investigación de titularidad estatal, respectivamente.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, la consulta refleja el diferente régimen jurídico al que están sometidos los contratos de investigación del sector público en función de que se encuentren o no entre los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP), definidos en su artículo 8 en los términos siguientes:

Artículo 8. Negocios y contratos excluidos en el ámbito de la Investigación, el Desarrollo y la Innovación.

Quedan excluidos de la presente Ley los contratos de investigación y desarrollo, excepto aquellos que además de estar incluidos en los códigos CPV 73000000-2 (servicios de investigación y desarrollo y servicios de consultoría conexos); 73100000-3 (servicio de investigación y desarrollo experimental); 73110000-6 (servicios de investigación); 73111000-3 (servicios de laboratorio de investigación); 73112000-0 (servicios de investigación marina); 73120000-9 (servicios de desarrollo experimental); 73300000-5 (diseño y ejecución en materia de investigación y desarrollo); 73420000-2 (estudio de previabilidad y demostración tecnológica) y 73430000-5 (ensayo y evaluación), cumplan las dos condiciones siguientes:

a) Que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad.

b) Que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador.



Visto este precepto y dado que la división 73 del CPV, a la que corresponde el código 73000000-2, contiene la totalidad de los trabajos y servicios de investigación y desarrollo, incluidos los expresamente citados en el mismo artículo y los que aun no tengan un código y un descriptor específicos asignados, del mismo se deduce que, siempre que se den simultáneamente las circunstancias descritas en las letras a) y b) anteriores, la contratación de cualesquiera trabajos o servicios de investigación se exceptuará de la exclusión del ámbito de aplicación de la LCSP y, en tal caso, si además la entidad contratante es una Administración Pública, el contrato tendrá carácter administrativo y le será plenamente de aplicación la LCSP desde su preparación y adjudicación hasta su extinción.

La redacción del artículo 8 de la LCSP parece tener su origen en lo dispuesto para los contratos de investigación en la Directiva 2004/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (en lo sucesivo, la Directiva), pero no es una mera y literal transposición de esta. En principio, pudiera parecer que el legislador español lo único que ha hecho es extender la aplicación de la norma de la Directiva a todos los contratos de investigación superen o no sus importes el correspondiente umbral de regulación armonizada, pero lo bien cierto es que no sólo ha consistido en eso.

En el artículo 14 de la Directiva lo que se dispuso fue lo siguiente:

Artículo 14

Servicios de investigación y desarrollo

La presente Directiva se aplicará únicamente a los contratos de servicios públicos de investigación y desarrollo incluidos en los códigos CPV 73000000-2 a 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 y 73430000-5, siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes:

- a) que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, y*
- b) que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador.*

Como puede apreciarse comparando ambos preceptos, en la norma española, además de invertir el sentido positivo de la Directiva, se ha sustituido la expresión “*contratos de servicios públicos de investigación y desarrollo*” por la de “*contratos de investigación y desarrollo*” sin más. Y mientras que el título del artículo 14 de la Directiva hace referencia a los “*servicios de investigación y desarrollo*”, el del artículo 8 de la LCSP se refiere a los “*contratos en el ámbito de la Investigación, el Desarrollo y la Innovación*”, lo que además de incluir esta última actividad (innovación) sugiere que el objeto de tales contratos puede comprender no solo servicios sino también suministros u otras prestaciones. Por último, ha de hacerse notar también que en el caso de la Directiva, a diferencia de la LCSP, el citado artículo 14 no se encuentra entre las normas que establecen las exclusiones de contratos a los que no se aplicará la Directiva, recogidas en la Sección 3 del Capítulo I de su Título I, sino en otra sección diferente dedicada a situaciones que precisan un tratamiento específico como la de los contratos subvencionados o los relacionados con la seguridad o la defensa. Esta regulación tiene su justificación en la propia Directiva y concretamente su considerando (35) aclara su finalidad al señalar como motivos los siguientes:

(35) Debe fomentarse la cofinanciación de los programas de investigación y desarrollo (I+D) por parte de la industria. Como consecuencia, ha de precisarse que la presente Directiva solo es aplicable en los casos en que no exista esa cofinanciación y en que los resultados de las actividades de I+D sean imputables al poder adjudicador de que se trate. Ello no debe excluir la posibilidad de que el proveedor de servicios que haya llevado a cabo esas actividades publique un informe al respecto mientras el poder adjudicador conserve el derecho exclusivo de utilizar los resultados de I+D en el ejercicio de su propia actividad. No obstante, cualquier puesta en común ficticia de los resultados de I+D o cualquier participación simbólica en la retribución del proveedor de servicios no debe impedir la aplicación de la presente Directiva.

En consecuencia, son las condiciones relativas a la financiación de la actividad de investigación y a la titularidad de los derechos de utilización de los resultados las circunstancias que por sí solas determinan la exclusión o no del contrato del ámbito de aplicación de la LCSP. Así lo entiende también la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su informe correspondiente al expediente 38/18, en el que ante una consulta de la Universidad de Santiago de Compostela llega, entre otras, a la siguiente conclusión:

Los contratos de servicios y suministro celebrados por las universidades públicas que tengan por objeto prestaciones o productos necesarios para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica o servicios técnicos, (...) estarán sujetos o excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público dependiendo de si cumplen o no las condiciones descritas en el artículo 8 de la misma.

En nuestro caso, como bien plantea la consulta, además de estas condiciones es necesario también resolver qué ha de entenderse por investigación o por investigación y desarrollo, teniendo en cuenta que la conselleria consultante no es una universidad ni un centro de investigación propiamente dicho y no existe ni en la Directiva ni en la Ley 9/2017 una definición del término investigación o de los contratos de investigación y desarrollo a los que la misma ley se refiere.

La Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (LCTI), contiene disposiciones específicas que, sin llegar a definir estrictamente el concepto de investigación o establecer límites precisos de esta actividad, sí que perfilan los elementos que la componen. Así, en cuanto a su finalidad y objetivos, el artículo 1 se refiere a *la investigación, el desarrollo experimental y la innovación como elementos sobre los que ha de asentarse el desarrollo económico sostenible y el bienestar social*, y el artículo 2 establece como el primer objetivo general de la Ley *el fomentar la investigación científica y técnica en todos los ámbitos del conocimiento*.

En segundo lugar, indirectamente, el artículo 13 de la LCTI, al definir qué se considera personal investigador a efectos de dicha ley, efectúa una descripción de la actividad investigadora entendiéndola *como el trabajo creativo realizado de forma sistemática para incrementar el volumen de conocimientos, incluidos los relativos al ser humano, la cultura y la sociedad, el uso de esos conocimientos para crear nuevas aplicaciones, su transferencia y su divulgación*.

La anterior definición se encuentra en consonancia con la que consta en el Preámbulo de la LCTI: *Se considera el concepto de investigación científica y técnica como equivalente al de investigación y desarrollo, entendido como el trabajo creativo realizado de forma sistemática para incrementar el volumen de conocimientos, incluidos los relativos al ser humano, la cultura y la sociedad, el uso de esos conocimientos para crear nuevas aplicaciones, su transferencia y su divulgación*.

Como consecuencia, debe concluirse que, independientemente de que el contenido del contrato se encuentre o no comprendido en el ámbito de aplicación de la LCSP, su consideración como contrato de investigación y desarrollo depende de que los trabajos objeto del contrato puedan entenderse comprendidos en la definición que señala la LCTI y de que su finalidad se corresponda con alguna de las indicadas en esta ley.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión planteada en la consulta de la Conselleria de Agricultura, Medio Ambiente, Cambio Climático y Desarrollo Rural, relativa a si existe algún impedimento legal en contratar directamente con la fundación CEAM y el organismo estatal de investigación IGME sendos trabajos de investigación y, si fuese así, cuál sería la manera más adecuada de poder llevar a cabo dichas investigaciones con esas entidades, hay que comenzar por señalar que, si su objeto no está excluido del ámbito de aplicación de la LCSP, sólo sería posible la adjudicación directa de tales contratos a dichas entidades si se diese el supuesto de exclusividad previsto en el artículo 168 a) 2º de la LCSP o si su importe no supera el umbral de los contratos menores establecido en la ley.



No obstante, tal como hemos manifestado anteriormente, la circunstancia de que a tales contratos les sean de aplicación las normas de la LCSP que regulan los contratos administrativos, o que por el contrario se encuentren excluidos de su ámbito de aplicación, depende de que se cumplan o no las condiciones descritas en las letras a) y b) del artículo 8 de la LCSP. En el supuesto en que ambas condiciones no concurren simultáneamente, el contrato se encontrará excluido del ámbito de aplicación de la LCSP y se regirá por las normas especiales que resulten de aplicación, aplicándose los principios de la LCSP solo para resolver la dudas o lagunas que pudieran presentarse (Art. 4 de la LCSP).

En cuanto a las normas especiales en la materia, el artículo 3 de la LCTI determina quienes son las entidades que constituyen su ámbito subjetivo y sus diferentes funciones en el sistema español de I+D+i :

Artículo 3. Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación.

1. A efectos de esta ley, se entiende por Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación el conjunto de agentes, públicos y privados, que desarrollan funciones de financiación, de ejecución, o de coordinación en el mismo, así como el conjunto de relaciones, estructuras, medidas y acciones que se implementan para promover, desarrollar y apoyar la política de investigación, el desarrollo y la innovación en todos los campos de la economía y de la sociedad.

Dicho Sistema, que se configura en los términos que se contemplan en la presente ley, está integrado, en lo que al ámbito público se refiere, por las políticas públicas desarrolladas por la Administración General de Estado y por las desarrolladas, en su propio ámbito, por las Comunidades Autónomas.

2. Son agentes de coordinación las Administraciones Públicas, así como las entidades vinculadas o dependientes de éstas, cuando desarrollen funciones de disposición metódica o concierto de medios y recursos para realizar acciones comunes en materia de investigación científica y técnica o de innovación, con el fin de facilitar la información recíproca, la homogeneidad de actuaciones y la acción conjunta de los agentes del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, para obtener la integración de acciones en la globalidad del sistema.

La coordinación general de las actuaciones en materia de investigación científica y técnica se llevará a cabo por la Administración General del Estado, a través de los instrumentos que establece la presente ley.

3. Son agentes de financiación las Administraciones Públicas, las entidades vinculadas o dependientes de éstas y las entidades privadas, cuando sufraguen los gastos o costes de las actividades de investigación científica y técnica o de innovación realizadas por otros agentes, o aporten los recursos económicos necesarios para la realización de dichas actividades.

4. Son agentes de ejecución las entidades públicas y privadas que realicen o den soporte a la investigación científica y técnica o a la innovación.

Por tanto, de acuerdo con lo anterior han de considerarse *agentes* del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación tanto la Conselleria de Agricultura, Cambio Climático y Desarrollo Rural cuando sufrague gastos o costes de la investigación científica y técnica, como las dos entidades a las que se refiere la consulta en tanto que son quienes ejecutan los trabajos de investigación científica de interés social a los que se refiere la consulta.

Asimismo, para el desarrollo y realización de las actividades de I+D+i, el artículo 34 de la LCTI faculta expresamente a las entidades que conforman el Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación para

suscribir convenios de colaboración en los términos siguientes:

Artículo 34. Convenios de colaboración.

1. Los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, incluidos las Universidades públicas, los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado, los organismos de investigación de otras Administraciones Públicas, y los centros e instituciones del Sistema Nacional de Salud, podrán suscribir convenios de colaboración sujetos al derecho administrativo. Podrán celebrar estos convenios los propios agentes públicos entre sí, o con agentes privados que realicen actividades de investigación científica y técnica, nacionales, supranacionales o extranjeros, para la realización conjunta de las siguientes actividades:

a) Proyectos y actuaciones de investigación científica, desarrollo e innovación.

b) Creación o financiación de centros, institutos y unidades de investigación

c) Financiación de proyectos científico-técnicos singulares.

d) Formación de personal científico y técnico.

e) Divulgación científica y tecnológica.

f) Uso compartido de inmuebles, de instalaciones y de medios materiales para el desarrollo de actividades de investigación científica, desarrollo e innovación.

2. En estos convenios se incluirán las aportaciones realizadas por los intervinientes, así como el régimen de distribución y protección de los derechos y resultados de la investigación, el desarrollo y la innovación. La transmisión de los derechos sobre estos resultados se deberá realizar con una contraprestación que corresponda a su valor de mercado.

3. El objeto de estos convenios no podrá coincidir con el de ninguno de los contratos regulados en la legislación sobre contratos del sector público.

(...)

En consecuencia, considerando lo dispuesto en los artículos 4 y 8 de la LCSP y en los anteriores preceptos de la LCTI, debe responderse también a la segunda cuestión planteada en la consulta de la Conselleria en el sentido de que, siempre que los trabajos de investigación que se quieren encargar a la Fundación CEAM y al IGME no se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de la LCSP, por no concurrir simultáneamente las condiciones establecidas en las letras a) y b) de su artículo 8, es posible plantearse la suscripción de un convenio de colaboración de los previstos en el artículo 34 de la LCTI, lo que también se encuentra en consonancia con lo establecido en el artículo 6 de la LCSP.

CONCLUSIONES

1. La circunstancia de que a los contratos de investigación y desarrollo celebrados por una Administración Pública les sean de aplicación las normas de la Ley de Contratos del Sector Público que regulan los contratos administrativos, o que por el contrario se encuentren excluidos de su ámbito de aplicación, depende de que se cumplan o no las condiciones descritas en las letras a) y b) del artículo 8 de dicha Ley. En el supuesto en el que ambas condiciones no concurren simultáneamente, el contrato se encontrará excluido del ámbito de aplicación de la LCSP y se registrará por las normas especiales que resulten de aplicación, aplicándose los principios de la LCSP solo para resolver las dudas o lagunas que pudieran



presentarse.

2. La Conselleria de Agricultura, Cambio Climático y Desarrollo Rural, para contratar y sufragar actividades de investigación científica y técnica en materias de su competencia, desarrollada por entidades que como las citadas en la consulta tengan la condición de agentes del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, puede celebrar convenios de cooperación con dichas entidades siempre que estos se encuentren excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público por no concurrir las dos condiciones descritas en los apartados a) y b) de su artículo 8.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 9 del Decreto 35/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regula la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y tendrá carácter no vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

LA SECRETARIA

Vº Bº LA PRESIDENTA
SUBSECRETARIA DE HACIENDA Y MODELO ECONÓMICO

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
en fecha 22 de octubre de 2018