

**Informe 2/2010, de 17 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

**Asunto: Exclusión del ámbito de aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, de los contratos celebrados por el Instituto Tecnológico de Aragón por los que se incorpora a un consorcio formado para la preparación y presentación de proyectos de investigación a las convocatorias de la Unión Europea, en virtud de las previsiones del artículo 4.1.q)**

## **I. ANTECEDENTES**

El Director Gerente del Instituto Tecnológico de Aragón (ITA) se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante oficio de fecha 26 de noviembre de 2009 del siguiente tenor literal:

### **“ANTECEDENTES**

*El Instituto Tecnológico de Aragón, actualmente, se rige por el Texto Refundido de la Ley Reguladora del Instituto Tecnológico de Aragón aprobado mediante Decreto legislativo 5/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón y el artículo 42 de la Ley 26/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas, que realiza una modificación parcial del Texto Refundido (se adjuntan como anexos al presente escrito).*

*Además, mediante Ley 26/2003 arriba mencionada se añade una nueva disposición adicional séptima al texto refundido por la que el Instituto Tecnológico de Aragón tiene la consideración de organismo público de investigación (OPI) de acuerdo con lo previsto en la Ley 9/2003, de 12 de marzo, de fomento y coordinación de la investigación, el desarrollo y la transferencia de conocimientos en Aragón.*

*El Instituto Tecnológico de Aragón se configura como una **entidad de derecho publico**, sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad para el cumplimiento de sus  **fines**, que son la promoción de la investigación y el desarrollo, con arreglo a los criterios de interés general, orientando sus actividades a impulsar la innovación tecnológica de las empresas.*

*Conforme con el artículo 1.2 del citado texto refundido, el Instituto Tecnológico de Aragón debe ajustar sus actividades en lo que al régimen de contratación, tráfico patrimonial y mercantil y actividades externas al ordenamiento jurídico privado, rigiéndose por lo previsto en su Ley reguladora, en las disposiciones que la desarrollen y en la normativa que resulte de su aplicación.*

*En lo que se refiere a temas de contratación pública, de acuerdo con los artículos 3.2, último inciso y el 3.3 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP), y con la Circular 1/2008 de 3 de marzo de esta Junta Consultiva de Contratación. Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, el Instituto se configura como **una entidad del sector público que tiene la condición de poder adjudicador y no es Administración Pública.***

*En base a tal configuración y atendiendo al mandato legal establecido en el artículo 175 de la LCSP, con fecha 1 de septiembre de 2008, el Director Gerente del Instituto, como órgano competente, aprobó las Instrucciones de Contratación del Instituto Tecnológico de Aragón (se acompañan a este escrito como anexo), en las que se establece que determinados contratos que el Instituto celebre si se ajustan a los términos previstos del artículo 4.1.q) de la LCSP quedarán excluidos del sometimiento de la misma.*

*Una vez delimitada la naturaleza jurídica del Instituto, con carácter previo conviene precisar el entorno en el que se va a plantear la consulta para su mejor comprensión.*

*En un escenario internacional caracterizado por la apertura comercial de las economías, una creciente libertad de movimiento de capitales y un cambio tecnológico vertiginoso, es cada vez más difícil que una sola entidad domine todas las tecnologías que aseguren su competitividad y la de su entorno a largo plazo. La I+D+i en colaboración internacional es una vía para acceder, desarrollar y explotar el conocimiento excelente en beneficio de las empresas e investigadores españoles. Por otra parte, los fondos europeos para la I+D son una rica fuente de financiación que nuestro país debe saber aprovechar.*

*A tal fin, el Gobierno español ha decidido lanzar una estrategia, concertada con las CCAA, para fortalecer la integración de nuestro sistema nacional de innovación en la estrategia Europea orientada, como es bien sabido, al desarrollo de una economía basada en el conocimiento. En esta línea, es esencial aprovechar las oportunidades de colaboración internacional en I+D+i que ofrece la contribución española a los Programas Marco Comunitarios.*

*Si se analizan los resultados provisionales de la participación española en el VI Programa Marco de I+D (PM), cifrados en 939 millones de euros, se observa que se ha incrementado en casi un tercio el volumen total de fondos obtenidos en promedio anual, con respecto al V PM. Ello supone un 6,5 % del total de fondos asignados entre la UE-25 y un 6 % del total, porcentaje un 50% superior a la contribución de España al gasto en I+D del conjunto de la Unión Europea (4,6%). Ello da buena cuenta de la importancia relativa de la participación española en el PM y, probablemente también, de la eficacia del modelo de gestión adoptado, pero todavía existe un amplio margen de mejora.*

*Al calor del VI PM, han realizado I+D comunitaria un total de 1.381 entidades españolas, responsables de 4.647 participaciones en el conjunto de actividades financiadas, liderando 677 de ellas. Más allá de las cifras, hay que recalcar los factores cualitativos de interés para nuestro sistema nacional de innovación, asociados a la colaboración con socios europeos de excelencia Científico - técnica, para obtener nuevos conocimientos, elaborar nuevos estándares, acceder a activos tecnológicos complementarios no disponibles en España, explotar sinergias, etc.*

*Ante la puesta en marcha del VII Programa Marco en 2007, el Presidente del Gobierno ha lanzado el Plan de Activación de la Participación Española en el VII Programa Marco, que aprobó la Comisión Interministerial de Ciencia y Tecnología en Julio de 2006, bautizado como EUROINGENIO. El objetivo del citado Plan es alcanzar en 2010 una participación acorde con el peso de nuestra economía en el entorno europeo.*

*Para hacer frente a un reto (y oportunidad) de esta magnitud, el Plan EUROINGENIO contempla actuaciones para todas las entidades: empresas, universidades, grupos de investigación e innovación, agencias de innovación, CCAA, etc. Asimismo, introduce por*

*primera vez el concepto de financiación por resultados y subvenciona la creación de oficinas de promoción y gestión de proyectos europeos en el seno de colectivos, asociaciones y agentes intermediarios. En definitiva, el Plan EUROINGENIO pretende INTEGRAR PLENAMENTE EL VII PROGRAMA MARCO EN EL SISTEMA NACIONAL DE I+D+i.*

*Concretamente, el Plan atiende a los principios comunes siguientes:*

- Estimular las actuaciones internacionales en los Planes Nacionales y Autonómicos de I+D+i, incluyendo medidas concretas de acceso al PM.*
- Fijar objetivos de “retornos” por prioridades temáticas, nacionales y regionales, compartidos por el mayor número posible de CCAA y otros organismos intermedios.*
- Promover la gestión profesional de los proyectos mediante la creación y refuerzo de Oficinas de Proyectos Europeos, Unidades de Innovación Internacional, etc.*
- Incentivar la cooperación y participación en el VII PM de más grupos de investigación y centros tecnológicos en colaboración con empresas españolas.*
- Incentivar la participación de los investigadores en los programas internacionales, mediante reconocimiento en su carrera investigadora.*
- Reforzar la contribución de los beneficiarios de los tres pilares de INGENIO 2010 (CENIT, CONSOLIDER y AVANZA) en el VII PM, en particular, como líderes de futuros proyectos comunitarios.*

*Asegurar un apoyo temprano a las Plataformas Tecnológicas, Universidades, Centros Públicos de Investigación Y Centros Tecnológicos mediante contratos programa y primas por resultados.*

*En Aragón, la participación de los diversos agentes en el VI Programa Marco supuso un retorno en subvenciones cercano a los 20 millones de euros con una cuota cercana al 2% del total Español, que es notablemente inferior a la participación de Aragón en el PIB nacional. En este periodo el ITA fue el segundo organismo que más retornos consiguió detrás de la Universidad de Zaragoza.*

*En lo que va del VII Programa Marco la participación aragonesa está mejorando ligeramente en números absolutos, pero no en relación con el resto de Comunidades Autónomas, en dónde se experimenta un retroceso.*

*En esta línea, el ITA ha incorporado en su estrategia la variable internacional como uno de los pilares en los que se ha de sustentar su actividad investigadora como medio de adquisición de conocimiento para poder realizar de forma diferenciada su función de transferencia tecnológica a las empresas; como efecto de arrastre y demostrador para otros agentes más remisos a ello (particularmente las Pymes) y como una consecuencia del necesario alineamiento con las políticas nacionales y autonómicas en la materia.*

### **OBJETO DEL INFORME**

*Una de las formas de conseguir una mayor tasa de participación en proyectos del VII PM o similares y por tanto de atraer más retornos para Aragón, es tener un fácil y ágil acceso a los consorcios que se forman para la preparación y presentación de proyectos de investigación a financiar por el VII PM de la Unión Europea, postularse como un socio capaz y serio y conseguir ser incluido en la propuesta que se presenta a un proceso de evaluación competitiva.*

*Estos consorcios suelen estar gestionados por empresas de consultoría especializada a*

*las que el coordinador-promotor de la propuesta les encarga la tarea de buscar socios tecnológicos para cubrir determinadas tareas o paquetes de trabajo del proyecto que no han sido cubiertos por el núcleo principal promotor del mismo y que requiere de una especialización tecnológica o de un mejor reparto de los pesos nacionales del consorcio.*

*Estamos por tanto ante una oportunidad para el ITA de mejorar su participación en el VII PM, en donde las consultoras mencionadas, ofertan la posibilidad de entrar en propuestas con un alto grado de probabilidad de ser financiadas, para que el ITA desarrolle actividades de investigación dentro del consorcio.*

*Por el servicio de la consultora que consiste en la "invitación" a participar en el Consorcio y preparación de la propuesta se requiere el abono de una cantidad fija y si la propuesta es finalmente financiada por el VII PM se establece una cantidad adicional que supone un porcentaje (5%-8%) del total del retorno conseguido por el beneficiario del servicio.*

*Mencionar que cada "invitación", propuesta y en su caso proyecto financiado son singulares y únicas ya que los promotores, consorcio, tareas a realizar, nivel de la investigación, resultados etc. son diferenciados de los demás y en eso precisamente radica la competitividad y expectativas de financiación de la propuesta. A cada oportunidad y propuesta de entrar en un consorcio hay que contestar valorando la capacidad técnica del ITA para ejecutar las tareas, la importancia de los socios-contactos nuevos a realizar, el presupuesto-retorno previsto de una forma ágil (aproximadamente 1 semana) y confidencial, por tanto cualquier actuación del ITA orientada a un concurso público que garantizase una hipotética (aunque no realista dada la singularidad de la propuesta) mayor concurrencia de consultoras supondría un tiempo mayor y lo que es más importante la violación del secreto que se exige dentro del Consorcio dado que al ser el proceso de participación en el VII PM un proceso competitivo, ninguno de los consorcios quiere dar pistas al resto de las propuestas de que contenidos van a presentar antes de que sean financiadas (en cuyo caso si que son públicas, pero ya sin oportunidad de adherirse a ellas). Además tampoco es posible programar (salvo reservar un presupuesto anual para estos servicios) por parte de la entidad contratante qué propuestas o proyectos contratar ya que éstas dependen de la iniciativa de terceros, sobre los que no hay posibilidad de influir.*

*En definitiva creemos que estamos ante uno de los servicios a los que se refiere el artículo 4.1.q de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, dado que el ITA es una OPI de la Comunidad Autónoma de Aragón y el servicio o prestación que se requiere es necesario para la preparación, adjudicación y posterior ejecución de proyectos de I+D a nivel europeo dentro de un proceso de concurrencia competitiva (VII Programa Marco de I+D), que es asignado a un equipo de investigación del ITA por el cual obtiene un retorno económico, refuerza su posicionamiento internacional como punta de lanza para facilitar el acceso al mismo de la empresas, y sobre todo mejora su capacitación y nivel de conocimientos para su posterior transferencia e incorporación al tráfico jurídico entre el ITA y las empresas y sectores clientes.*

*En consecuencia, según las circunstancias expuestas se solicita informe a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre el siguiente extremo:*

- 1- Determinar si este tipo de contratos quedarían excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, al amparo de la previsión del artículo 4.1.q), por concurrir las circunstancias específicas previstas en el mencionado artículo."*

Junto con el mencionado escrito, se aporta la legislación que regula la creación y las Instrucciones de Contratación del citado Instituto.

El Pleno de la Junta en la sesión celebrada el 21 de enero, tras un primer análisis de la cuestión, acordó solicitar al Instituto de Tecnológico de Aragón información complementaria, a lo que este Instituto respondió adjuntando un modelo de “Oferta de colaboración para la participación en Propuestas Europeas del Séptimo Programa Marco”. En este documento se recogen las condiciones ofertadas para la incorporación del Instituto como socio tecnológico en una propuesta de I+D que ha sido ya presentada a la Comisión Europea y evaluada positivamente en primera fase, y que describe los “servicios de partnering” que la consultora va a realizar.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 17 de febrero de 2010, acuerda informar lo siguiente:

## **II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

### **I.- Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartados 2 y 4 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

### **II.- Contratos comprendidos en el artículo 4.1.q) de la Ley de Contratos del Sector Público.**

El ITA, tal y como apunta el escrito de solicitud y en virtud de la legislación que lo regula (Decreto legislativo 5/2000, de 29 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora del ITA, modificado por el artículo 42 de la Ley 26/2003, de 30 de diciembre) se configura como una entidad de derecho público, sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, que son la promoción de la investigación y el desarrollo, con arreglo a los criterios de interés general, orientando su actividad a impulsar la innovación tecnológica de las empresas.

Esta naturaleza de entidad de derecho público permite clasificarla dentro de los ámbitos del Sector público que distingue la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en la categoría de poder adjudicador no Administración Pública (artículo 3.2 inciso final y 3.3).

De conformidad con esta catalogación, el régimen de sometimiento a la LCSP se corresponderá con el propio de los poderes adjudicadores; esto es, sometimiento a la ley en cuanto a la preparación y adjudicación de los contratos sujetos a contratación armonizada, y por debajo del mismo a su manual de instrucciones configurado de conformidad y respeto a los principios básicos de concurrencia en materia de contratación (Circular Interpretativa 1/2008, de 3 de marzo emitida por este mismo órgano consultivo).

De igual modo y tras la modificación efectuada a su Ley de creación por el artículo 42 de la Ley 26/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas, se le otorga el carácter de Organismo Público de Investigación (OPI) de acuerdo con las previsiones de la Ley 9/2003, de 12 de marzo, de fomento y coordinación de la investigación, el desarrollo y la transferencia de conocimientos en Aragón.

Por este motivo determinados contratos que celebre este Centro quedarán excluidos del sometimiento a la LCSP, al amparo de la previsión del artículo 4.1.q), siempre y cuando los citados contratos se ajusten a los términos previstos en el mencionado artículo, según el cual quedan excluidos de la citada Ley:

*“Los contratos de servicios y suministro celebrados por los Organismos Públicos de Investigación estatales y los Organismos similares de las Comunidades Autónomas que tengan por objeto prestaciones o productos necesarios para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica o servicios técnicos, cuando la presentación y obtención de los resultados derivados de los mismos esté ligada a retornos científicos, tecnológicos o industriales susceptibles de incorporarse al tráfico jurídico y su realización haya sido encomendada a equipos de investigación del Organismo mediante procesos de concurrencia competitiva.”*

En definitiva y en este contexto, se plantea por el ITA si los contratos por los que el Instituto se incorpora a un consorcio formado para la preparación y presentación de proyectos de investigación a las convocatorias de la Unión Europea, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP en virtud de su artículo 4.1.q).

En el supuesto que nos ocupa, para establecer los parámetros que determinan si nos encontramos o no ante un negocio excluido del ámbito de aplicación de la LCSP debemos atender a tres notas necesarias para que ésta se produzca y que son, que se trate de un contrato celebrado por un OPI que tenga declarada tal categoría, que sea una prestación necesaria para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica o servicios técnicos, siempre que los resultados que se obtengan de los mismos estén ligados a retornos científicos, tecnológicos o industriales susceptibles de incorporarse al tráfico jurídico y por último que su realización se haya encomendado a equipos de investigación mediante procesos de concurrencia competitiva.

En cuanto a la primera de las notas, decir que los OPIS de la Comunidad Autónoma de Aragón se deberán crear por Ley tal y como señala el artículo 20.2 de la Ley 9/2003, de 12 de marzo, y que esta circunstancia concurre en el ITA ya que tiene declarada esta condición en virtud del artículo 42 de la Ley 26/2003, de 30 de diciembre.

Por lo que se refiere a la segunda de las notas, que el resultado obtenido del proyecto o programa para cuya ejecución se obtuvieron los servicios o suministros— esté ligado al retorno científico y sea susceptible de tráfico jurídico, hay que entenderlo en el sentido de que el “producto” que se obtenga debe poder ser objeto de aplicación económica privada y no quedarse dentro del campo de la actividad propia de la Administración contratante y ejecutora del proyecto y a su vez tiene que ser susceptible de comercio y no quedar afectado el resultado al uso o servicio público. En definitiva se trata de analizar si estamos ante lo que denomina la Comunicación de la Comisión Europea – COM (2007) 799 final- de una “*contratación precomercial*” entendida como aquella perteneciente a la fase de investigación y desarrollo (I+D) previa a la comercialización o dicho de otro modo, aquellos servicios de I+D distintos de aquellos en los que los beneficios pertenecen en exclusiva a la entidad adjudicadora para su utilización en el ejercicio de su propia actividad y siempre que estén remunerados totalmente por la entidad adjudicadora. En suma la contratación precomercial es un proceso que permite financiar el desarrollo de soluciones tecnológicamente innovadoras para las necesidades propias del sector público.

De la información aportada por el solicitante, parece desprenderse que este tipo de contratos resultan necesarios para el buen fin de determinados proyectos tecnológicos, cuyos resultados que se obtengan no se destinarán al uso exclusivo del organismo contratante, sino que del resultado científico del mismo se beneficiaran todas las partes colaboradoras y podrán hacer uso

todas ellas. En estos casos, el papel que juega el ITA en el consorcio es el de socio investigador, para una vez que se ha desarrollado el proyecto, ejercer el papel de transferidor tecnológico a las empresas impulsando su desarrollo tecnológico, de lo que se deduciría que los resultados que se obtuvieran de la ejecución de este tipo de proyectos se encontrarían ligados a retornos científicos, tecnológicos o industriales que con posterioridad se incorporarían al tráfico jurídico, cumpliéndose la segunda de las notas necesarias.

Ahora bien, el artículo 4.1.q) restringe su aplicación a los contratos necesarios para la ejecución de un proyecto, como consecuencia de haber resultado adjudicatario del mismo tras un proceso en el que haya concurrido en competencia con otros organismos o entidades públicas o privadas para su obtención.

Esta circunstancia no se cumple en el supuesto que nos ocupa, ya que no nos encontramos en fase de ejecución de un proyecto, si no en una fase previa, muy inicial, en la que se está preparando la participación en un proceso de concurrencia competitiva precisamente con el fin de resultar adjudicatario. Por ello deberá entenderse que los contratos objeto de la consulta no pueden ser encuadrados en el artículo 4.1.q) LCSP.

### **III.- Naturaleza los contratos que tienen por objeto la incorporación a un consorcio formado para la preparación y presentación de proyectos de investigación a las convocatorias de la Unión Europea.**

De la documentación aportada por el ITA, se desprende que el objeto de los contratos calificados como de “Partenariado” es el acceso a los consorcios que se formen para la preparación y presentación de proyectos de investigación a financiar por la Unión Europea. Estos consorcios los gestionan empresas de consultoría especializada a las que el coordinador promotor de la

propuesta les encarga la tarea de buscar socios tecnológicos para cubrir tareas o trabajos que no cubre el promotor.

Las consultoras ofertan la posibilidad de participar en el consorcio y exigen abonar una cantidad fija inicial y si finalmente la propuesta es financiada por la Unión Europea una cantidad adicional que supone un porcentaje (5% – 8%) del total del retorno conseguido.

Cada propuesta es singular y única y depende de la iniciativa de terceros sobre los que no hay posibilidad de influir.

Por lo tanto son contratos cuyo objeto no es específicamente la prestación de un servicio, sino la incorporación del Instituto a un consorcio de investigación. De hecho el compromiso fundamental que asumiría el Instituto no sería el pago de unas cantidades sino “participar como socio en una propuesta europea de investigación”, con las obligaciones que eso conllevará de desarrollar la línea de investigación que se le encomiende.

La consultora por su parte se compromete a realizar unas tareas de preparación y gestión de la propuesta por las que percibirá una retribución, entre ellas destacan la elaboración del Plan de trabajo y de los Paquetes de trabajo que realizarán las distintas partes del consorcio, así como la descripción de los objetivos científicos y tecnológicos de la propuesta. Aunque algunas de las tareas pueden entenderse como funciones propias de consultoría, lo cierto es que la importancia de las compensaciones económicas que se pactan no permiten entender que son una mera contraprestación por esas funciones, sino por los derechos de propiedad intelectual e industrial que comporta la iniciativa de investigación, derechos que son objeto de una protección específica en las cláusulas del contrato.

Además se trata de contratos con unas características singulares que no tienen encaje en la LCSP y que son:

- a) El interés público perseguido es la obtención de recursos y el fomento de la investigación.
- b) La regla general es la aleatoriedad del contrato, que no responde a una necesidad previa del ente público.
- c) El impulso e iniciativa del contrato procede de fuera de la Administración, por tanto no cabe promover concurrencia y la falta de ellos no compromete fines esencialmente administrativos.

Todo lo anterior permite considerar a estos contratos excluidos de la LCSP, cuyo ámbito objetivo viene delimitado con carácter general por los artículos primero y segundo de la misma. El artículo 1 circunscribe los contratos sujetos a la LCSP a aquellos que tienen por objeto únicamente la realización de obras, la adquisición de bienes o la contratación de servicios y el artículo segundo exige que, además, tengan carácter oneroso.

Por tanto, la prestación analizada está fuera del ámbito de sujeción de la LCSP y no resulta de aplicación las reglas y procedimientos en ella contenida. En todo caso, con estos contratos -que deberán tener un carácter excepcional- debe garantizarse la neutralidad del ITA con el fin de no distorsionar el mercado beneficiando indirectamente a determinadas empresas.

### **III CONCLUSIÓN**

Los contratos de servicios que celebre el ITA para su incorporación a los consorcios que se forman para la preparación y presentación de proyectos de investigación a financiar por el VII Programa Marco de la Unión Europea, no están comprendidos en los supuestos regulados en el artículo 4.1.q) LCSP,

pero están excluidos del ámbito objetivo de aplicación de la LCSP en virtud de su objeto y especiales características.

**Informe 2/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión de 17 de febrero de 2010.**