



Expediente: 10/22. Interpretación del artículo 168 c) 1º de la LCSP.

Clasificación de informes:14. Procedimiento de adjudicación. 14.2. Procedimiento negociado. 23. Contratos de suministros. 23.1. Contratos considerados como de suministro.

ANTECEDENTES

El Director de la Agencia Estatal de Investigación ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“En el proceso de revisión económica de las ayudas concedidas por la Agencia Estatal de Investigación, ésta comprueba el cumplimiento de la legislación en materia de contratación administrativa de aquellas entidades sujetas a dicha legislación en las adquisiciones realizadas con cargo a las subvenciones recibidas. Igualmente, se comprueba el cumplimiento de los requerimientos en esta materia derivados de la legislación comunitaria, en el caso de ayudas financiadas por fondos europeos, particularmente en el FEDER.

El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en su artículo 173.b) contemplaba un supuesto de utilización del procedimiento negociado sin publicidad que recoge ahora el artículo 168.c)1º de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: “Cuando los productos se fabriquen exclusivamente para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo; esta condición no se aplica a la producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial del producto o a recuperar los costes de investigación y desarrollo”.

Las convocatorias de ayudas para la adquisición de equipamiento científico-técnico de los años 2015, 2018 y 2019 gestionadas actualmente por la Agencia Estatal de Investigación, que cuentan con financiación del FEDER, establecen con carácter general que los



beneficiarios destinarán dichos equipamientos exclusivamente a tareas de investigación, excluyéndose su utilización para actividades económicas.

La interpretación que hemos venido haciendo en la revisión de las justificaciones presentadas por los beneficiarios de estas ayudas, por lo que respecta a la utilización del procedimiento negociado sin publicidad por el motivo arriba expuesto, incidía en el requisito de que se tratara de suministros de fabricación, es decir, que no fueran productos fabricados en serie disponibles en el mercado, sino que se elaborasen específicamente por el proveedor, a petición del beneficiario de la ayuda, para tareas exclusivas de investigación.

Esta interpretación está siendo cuestionada por algunas entidades beneficiarias en las alegaciones a los procedimientos de reintegro motivados por la utilización del procedimiento negociado sin publicidad para la compra de productos “en serie” pero con fines de investigación. Alegan un dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (referencia 38/18) emitido ante una consulta formulada por la Universidad de Santiago de Compostela, que señala en el apartado 1 de sus conclusiones lo siguiente: “La aplicabilidad del procedimiento negociado sin publicidad a la adquisición de equipamiento singular, de reactivos y, en general, de material fungible para su uso en actividades de investigación, experimentación, estudio o desarrollo, deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 168 c), apartado 1º, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Este precepto exige que se trate de contratos de suministro y que la adquisición se verifique de manera exclusiva con fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo”.

Atendiendo a lo hasta ahora expuesto, y con el fin de realizar con el mayor rigor las tareas de verificación que tenemos encomendadas (en el caso de las ayudas europeas, por delegación de la Autoridad de Gestión), planteamos las siguientes cuestiones:

1ª. Si es correcta la interpretación que se viene haciendo desde esta Agencia, en el sentido de que la utilización del procedimiento negociado sin publicidad por el motivo previsto en el artículo 168.c) 1º de la vigente Ley de Contratos del Sector Público (y antes en el 173.b del Real Decreto Legislativo 3/2011 que aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), requiere que se trate de suministros de fabricación no elaborados en



serie, de modo que estén específicamente fabricados para tareas de investigación a petición del beneficiario, por no encontrarse disponibles en el mercado.

2ª. Si contrariamente, y como pudiera desprenderse del informe de la Junta Consultiva antes reseñado, es suficiente con que se trate de contratos de suministro y que el destino exclusivo que le dé el beneficiario sean tareas de investigación. Esto supondría que la totalidad de los procedimientos de contratación para la adquisición de los equipamientos objeto de nuestras ayudas podrían tramitarse por el procedimiento negociado sin publicidad.

Se ruega cualquier otra consideración en relación con estas cuestiones, especialmente si entienden que ninguna de las dos interpretaciones propuestas se ajusta al sentido de las normas citadas.”

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. La consulta que nos plantea la Agencia Estatal de Investigación nos exige determinar si el supuesto de aplicación del procedimiento de licitación con negociación y sin publicidad a que alude el artículo 168 c) 1º 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) se extiende a cualquier contrato de suministro o únicamente a los que se denominan suministros de fabricación.

2. Para ello hay que recordar que el precepto antes citado permite acudir al procedimiento de licitación con negociación y sin publicidad en los contratos de suministro *“cuando los productos se fabriquen exclusivamente para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo; esta condición no se aplica a la producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial del producto o a recuperar los costes de investigación y desarrollo.”*

3. Precisamente sobre la aplicación de este precepto ya se pronunció nuestro precedente informe 38/2018, de 2 de julio. Señalábamos entonces que el recurso al procedimiento negociado sin publicidad en estos casos tiene su origen en el contenido de la Directiva



Comunitaria 24/2014, en cuyo artículo 32 se recoge una regla que ha sido fielmente incorporada en el precepto de nuestra ley interna. Parece claro, indicaba el meritado informe, que *“la finalidad de ambas normas, tal como resulta de su análisis conjunto, es ofrecer la posibilidad de emplear un procedimiento más ágil y rápido, a la par que más sencillo, para los suministros de bienes fabricados exclusivamente con fines relacionados con las labores investigadoras en sentido amplio (que incluyen la investigación, experimentación, estudio o desarrollo) descartando, por el contrario, aquellos bienes producidos con una finalidad distinta, como la prospección del mercado o la recuperación de los costes de la actividad investigadora.”*

Esta es, por tanto, la finalidad de un precepto que se incluye en nuestra legislación por primera vez en el artículo 183 b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 95 y que se mantiene incólume desde entonces en nuestra norma interna y en las sucesivas Directivas europeas. Parece lógico que el legislador haya querido dar un cauce procedimental concreto a este tipo de contratos, teniendo en cuenta la importancia del sector investigador para cualquier sociedad.

4. La aplicación de esta tramitación procedimental más sencilla y flexible sólo será posible si se cumplen las condiciones necesarias para ello, tal como nos las exige la normativa contractual pública. Como señalamos en nuestro informe 38/18, el precepto en cuestión nos recuerda, en primer lugar, que el contrato debe ser un suministro, definido, por tanto, como aquellos que tienen por objeto la adquisición de productos o bienes muebles, quedando excluidos de este supuesto los contratos de obras y de servicios.

En segundo lugar, el artículo 16.3 de la LCSP nos recuerda algunos supuestos que siempre se consideran contratos de suministro, como serían:

“a) Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente.

b) Los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición, a excepción de los



contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.

c) Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando esta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos.

d) Los que tengan por objeto la adquisición de energía primaria o energía transformada.”

5. La segunda condición que la ley exige en este supuesto es que los productos en cuestión se fabriquen exclusivamente para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo, y no para su uso en otras actividades.

A juicio de esta Junta, esta expresión legal no implica que únicamente pueda aplicarse este supuesto a los suministros de fabricación, esto es, a aquellos en que los bienes deban ser elaborados con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante. Esta conclusión se alcanza por las siguientes razones:

- Porque la expresión “*fabriquen*” que emplea el precepto legal no restringe su aplicación sólo a los suministros de fabricación. La LCSP contiene multitud de supuestos en que la referencia a la fabricación tiene carácter general y omnicomprensiva de los contratos de suministro, sin referirse exclusivamente a los suministros de fabricación, por ejemplo, en los artículos 126.6, 148.1, 149.4 a) o 303.
- Porque, si acudimos a los precedentes legales, podemos constatar, por ejemplo, que el artículo 83.3 de la Ley de Contratos del Estado de 1965, aprobada por Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, ya calificaba como contratos de suministros aquellos en que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la Administración. Sin embargo, en tal norma no se aludía a una especialidad procedimental como la señalada en la actual LCSP,



lo que implica que el ámbito de aplicación del artículo 168 no tiene por qué ser coextenso con el de los suministros de fabricación.

- Porque la finalidad evidente de la norma, tal como ya hemos señalado, es definir un supuesto de tramitación flexible y ágil para la contratación de suministros de bienes fabricados exclusivamente con fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo. No se observa razón alguna para que tal posibilidad quede restringida a los suministros de fabricación, puesto que la ventaja de la simplificación procedimental puede alcanzar al resto de los suministros en la definición legal y así acontece tanto en la Directiva, que no define de modo especial los suministros de fabricación, como en la LCSP, que la traspone literalmente en este punto.
- Porque el propio texto de la disposición restringe la aplicación de las limitaciones al empleo de esta posibilidad de utilización del procedimiento negociado sin publicación previa a los casos de producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial del producto o a la producción en serie realizada con el fin de recuperar los costes de investigación y desarrollo, es decir, no a todos los supuestos de producción en serie. Ambos supuestos son muy específicos y presentan un campo de aplicación mucho más limitado que la generalidad de los contratos de suministro de bienes producidos en serie fabricados exclusivamente para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo con destino al mercado.

Esta limitación de los casos excluidos de la aplicación del precepto demuestra, finalmente, que la vocación del mismo es más general y que el legislador pretende otorgar una significativa flexibilidad procedimental en la adquisición de bienes fabricados exclusivamente con fines de investigación.

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

CONCLUSIONES

- La aplicación del procedimiento de licitación con negociación y sin publicidad previa descrito en el artículo 168 c) 1º de la LCSP exige que se trate de contratos



de suministro y que el destino exclusivo que le dé el beneficiario sean tareas de investigación.

- El supuesto del artículo 168 c) 1º de la LCSP no queda limitado a los denominados suministros de fabricación, pero sí a productos que se fabriquen exclusivamente para fines de investigación, experimentación, estudios o desarrollo.