

Recurso 309/2018**Resolución 353/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 18 de diciembre de 2018

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JJ BROCH, S.L.** contra la resolución, de 2 de agosto de 2018, del Vicerrector de Infraestructura y Sostenibilidad de la Universidad de Córdoba, por la que se adjudica la fase I etapa I del contrato denominado “Compra pública de innovación en su modalidad de compra pública precomercial del proyecto INNOLIVAR, de acuerdo con lo establecido en el Convenio entre el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y la Universidad de Córdoba cofinanciado con fondos FEDER”, convocado por la citada Universidad (Expte. 2018/000001), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 3 de mayo de 2018, se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación del

contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, constando su envío al Diario Oficial de la Unión Europea el mismo día. Asimismo, el acceso al contenido de los pliegos tuvo lugar mediante el anuncio publicado el 7 de mayo de 2018 en la citada Plataforma.

El valor estimado del contrato asciende a 9.169.114 euros.

SEGUNDO. Mediante resolución, de 2 de agosto de 2018, del Vicerrector de Infraestructura y Sostenibilidad de la Universidad de Córdoba, se adjudicó la fase I etapa I del contrato. Esta resolución fue remitida a los licitadores mediante correo electrónico de 3 de agosto de 2018.

TERCERO. El 24 de agosto de 2018, tuvo entrada en el registro de la Universidad de Córdoba escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad JJ BROCH, S.L. contra la resolución indicada en el antecedente previo. Dicho escrito fue remitido a este Tribunal teniendo entrada en su registro electrónico el pasado 30 de agosto.

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 30 de agosto de 2018, se requirió al órgano de contratación el expediente, el informe sobre el recurso y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, habiéndose recibido en el Tribunal la documentación solicitada.

QUINTO. Mediante escritos de 13 de septiembre de 2018, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de entidades licitadoras concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose presentado ninguna en el plazo concedido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. Con carácter previo al examen de cualquier otro requisito de admisión del recurso, procede analizar si el contrato cuya adjudicación en su fase I etapa I ha sido objeto de impugnación constituye un contrato sujeto al recurso especial y por ende, si este Tribunal tiene competencia para su resolución.

La cláusula primera “Régimen jurídico del contrato” del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) que rige el procedimiento establece que *“La Compra Pública de Innovación en su modalidad de Compra Pública Precomercial (en adelante CPP) es un contrato excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017 de 8 de noviembre, (en adelante LCSP), en virtud de lo dispuesto en su art. 8.*

Por consiguiente, el presente contrato se regirá por sus normas especiales, aplicándose la LCSP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse debiendo asegurarse en todo caso los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y de la elección de la oferta con mejor relación calidad-precio. Con carácter supletorio se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado (...).”

Por su parte, el artículo 8 de la LCSP, bajo el título “Negocios y contratos excluidos en el ámbito de la Investigación, el Desarrollo y la Innovación”, dispone que *“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”.

Procede, pues, analizar si, como se indica en la cláusula 1 del PCAP, concurren los requisitos para considerar que la compra pública precomercial (CPP, en adelante) objeto de la contratación examinada constituye un contrato de investigación y desarrollo excluido de la LCSP, y ello sobre la base de que los contratos de esta naturaleza, de conformidad con el artículo 8 de la LCSP, solo estarán sujetos a la LCSP, y por ende, al recurso especial, cuando se den conjuntamente tres requisitos:

- Que estén incluidos en los códigos CPV que establece el citado precepto legal.
- Que los beneficios obtenidos pertenezcan solamente al poder adjudicador quien los utilizará en el ejercicio de su propia actividad.
- Que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador.

Así pues, la falta de cualquiera de estos requisitos determinará la exclusión del contrato del ámbito de la LCSP.

En el supuesto examinado, los códigos CPV que se establecen en el Anexo I del PCAP coinciden con los citados en el artículo 8 de la LCSP y son los siguientes:
-73000000 -Servicios de investigación y desarrollo y servicios de consultoría conexos.
-73100000 -Servicios de investigación y desarrollo experimental.
-73300000 -Diseño y ejecución en materia de investigación y desarrollo.

De otro lado, el servicio de investigación es remunerado íntegramente por el poder adjudicador. Así se desprende de la cláusula 22 del PCAP “Abono del precio” y, en general, del apartado 3.2 del pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) que regula el pago de las distintas fases descritas en los pliegos para el desarrollo de los trabajos de investigación.

Queda, pues, analizar si concurre el último requisito legal para considerar la sujeción del contrato a la LCSP y que consiste en la pertenencia exclusiva al poder adjudicador de los beneficios procedentes del contrato para su utilización en el ejercicio de la actividad que le es propia. Para ello, debe partirse del dato de que, precisamente, la ausencia de este requisito es el que determina que la CPP quede excluida de la LCSP pues, como señala la “Guía para la compra pública de innovación” publicada en la página del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, las compras pre-comerciales se caracterizan porque la entidad contratante y las empresas adjudicatarias comparten los riesgos y los beneficios de la investigación científica y técnica.

En tal sentido, el Informe 3/2012, de 10 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias señala que *“las expectativas de tales riesgos y beneficios han de referirse a la posibilidad de explotar o comercializar con terceros el resultado de los trabajos realizados, posibilidad que, habiendo provocado el efecto de minorar el importe pactado para remunerar el trabajo del contratista, introduce para este, tanto un factor de riesgo, en la medida en que los resultados de la explotación posterior con otros clientes pueden no alcanzar sus iniciales expectativas, como un factor de posibles beneficios, en la medida en que esa comercialización posterior alcance o supere tales expectativas.”*

En el caso aquí analizado, determinadas cláusulas de los pliegos llevan a concluir que, a través de la contratación regulada en los mismos, la entidad

contratante y la empresa adjudicataria comparten los beneficios y riesgos de la investigación. Tales cláusulas son las siguientes:

- Cláusula 2 del PCAP (objeto del contrato): “(...) *El presente pliego incluye las Cláusulas Administrativas que determinan las especificaciones que regirán la oferta y la contratación de la Compra Pública de Innovación en su modalidad de CPP consistente en la adquisición del conocimiento necesario para desarrollar conjuntamente las líneas de trabajo que se indican en el Pliego de Prescripciones Técnicas*”. (El subrayado es nuestro).

- Cláusula 25 PCAP (Propiedad industrial e intelectual): “(...) *La propiedad de los resultados protegibles o no que se generen como consecuencia de la ejecución y desarrollo del Proyecto será del órgano de contratación y de la empresa adjudicataria, y en la medida en que estos resultados sean susceptibles de protección legal, ambas entidades compartirán la preferencia para solicitar la titularidad conjunta de los Derechos de Propiedad Industrial o Intelectual relativos a las invenciones u otros títulos que pudieran derivarse de los citados resultados, apareciendo como inventores/ autores aquellos investigadores del órgano de contratación y/o de la empresa adjudicataria que hayan contribuido intelectualmente a la obtención de estos resultados.*”

(...) *La cotitularidad de cada una de las Partes se fijará en función de la aportación intelectual y material de cada una de las Partes al Proyecto(...)*”. (El subrayado es nuestro).

- Cláusula 26 (Colaboración en la protección de resultados): “*Ambas partes se comprometen a colaborar en la medida necesaria para lograr la efectividad de los derechos reconocidos en este Contrato. Esta colaboración incluye la obtención de la firma de los inventores o autores de las investigaciones en los documentos necesarios para la tramitación de los títulos de Propiedad Industrial o Intelectual así como para su extensión a otros países cuando así se decidiera.*”

- Cláusula 27 (Publicación de los resultados): “(...) *En caso de publicación o difusión de resultados por cualquiera de las partes se hará siempre referencia especial al presente*”

Contrato. Tanto en publicaciones como en patentes, se respetará siempre la mención a los autores del trabajo; en estas últimas figurarán en calidad de inventores”.

- Cláusula 28 (Colaboración con terceros): *“Transcurridos tres años desde la finalización del presente Contrato, ambas partes podrán cooperar con terceros para el desarrollo de actividades relacionadas con el objeto de la presente colaboración”.*

- Cláusula 29 (Mejoras y perfeccionamiento): *“Ambas partes podrán realizar mejoras y perfeccionamientos de los DPI resultantes de la presente colaboración. Estos perfeccionamientos deberán ser notificados a la otra parte en el plazo de 30 días naturales desde el momento de la realización de dichas mejoras. Las partes acuerdan que los derechos de explotación de dichos perfeccionamientos se ajustarán a la Ley 24/2015 de 24 de julio de Patentes (...)”.*

A la vista del contenido expuesto del PCAP, resulta claro que el contrato de investigación y desarrollo promovido en la modalidad de CPP por la Universidad de Córdoba queda excluido del ámbito de la LCSP por cuanto, de conformidad con lo previsto en su artículo 8, los beneficios obtenidos no pertenecerán exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad.

Sentado lo anterior, aun cuando la cláusula 37 del PCAP establece que cabe recurso especial en materia de contratación porque estamos ante un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, lo cierto es que el contrato aquí examinado es de investigación y desarrollo y no está sujeto a la LCSP, conforme declara su artículo 8.

No debe olvidarse que el recurso especial, conforme al artículo 44.1 de la LCSP, rige en contratos incluidos en el ámbito de aplicación del citado texto legal, pues la propia directiva europea de recursos de la que trae causa este régimen especial de impugnación así lo ha previsto. Al respecto, el artículo 1.1 de la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, en su última redacción dada

por la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, dispone que “*La presente Directiva [de recursos] se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo salvo que dichos contratos estén excluidos (...) de dicha Directiva*”, siendo así que el artículo 14 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE -cuyo contenido ha quedado traspuesto en el ya mencionado artículo 8 de la LCSP- excluye de su ámbito de aplicación 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, que no 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.

Así las cosas, siendo la competencia objetiva para conocer del recurso especial de exclusiva atribución legal, este Tribunal no puede asumirla más que en los supuestos reconocidos legalmente y que se recogen en el artículo 44 de la LCSP, precepto que, según el apartado tercero de la Disposición final primera de la LCSP, ha sido dictado al amparo de las competencias que el art. 149.1.18º de la Constitución atribuye al Estado en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas, sin que un PCAP pueda extender el ámbito objetivo del recurso a contratos excluidos de la LCSP y por ende, del recurso especial.

A la vista de todo lo argumentado, de conformidad con lo estipulado en el artículo 55 c) de la LCSP procede declarar la inadmisión del recurso, al referirse a un contrato no susceptible de esta vía especial de impugnación y para el que este Tribunal no ostenta competencia en orden a su resolución.

Asimismo, de conformidad con lo estipulado en los artículos 116 a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, procede remitir el escrito de recurso a la Universidad de Córdoba a los efectos oportunos.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JJ BROCH, S.L.** contra la resolución, de 2 de agosto de 2018, del Vicerrector de Infraestructura y Sostenibilidad de la Universidad de Córdoba, por la que se adjudica la fase I etapa I del contrato denominado “Compra pública de innovación en su modalidad de compra pública precomercial del proyecto INNOLIVAR, de acuerdo con lo establecido en el Convenio entre el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y la Universidad de Córdoba cofinanciado con fondos FEDER”, convocado por la citada Universidad (Expte. 2018/000001), al referirse a un contrato respecto del que no cabe el citado recurso especial.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Remitir el escrito de recurso a la Universidad de Córdoba, a los efectos previstos en los artículos 116 a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

CUARTO. Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.