



La subcontratación en una convocatoria de concesión de ayudas

CONSULTA

“Estimados Señores,

Buenos días,

Les remitimos correo con el objetivo de que, por favor, nos indiquen como proceder en el siguiente proceso que queremos llevar a cabo.

ISFOC ha sido invitado por tomar parte en un Proyecto de I+d+i cofinanciado mediante una Convocatoria Pública lanzada por XX en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. El Consorcio en cuestión que llevará a cabo el desarrollo de este Proyecto de I+D lo llevarán a cabo unas 6 empresas, totalmente independientes, (con sus respectivos subcontratistas)

Las Bases y la propia Convocatoria publicada por el XX establecen la obligatoriedad de que cada una de las 6 empresas que forman parte del Consorcio (entre ellas, ISFOC) subcontraten un 20% de su propio presupuesto (en este caso concreto, el presupuesto de ISFOC sería de XX€, y por tanto, la subcontratación ascendería a unos XX€ aprox. (el 20% del presupuesto)

La convocatoria sólo indica que “Cuando el importe supere las cuantías establecidas para el contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, el beneficiario deberá solicitar, como mínimo, tres ofertas de diferentes proveedores con carácter previo a la contratación del compromiso para la obra, la prestación del servicio o la entrega del bien, salvo que por sus especiales características no exista en el mercado suficiente número de entidades que los realicen, presten o suministren, o salvo que el gasto se hubiere realizado con anterioridad a la concesión”.

La Subcontratación, ha de ser obligatoriamente con una OPI o Universidad o un Centro Tecnológico, (según fija la propia Convocatoria del XX como requisito indispensable).

El Líder de dicho Proyecto y que a su vez es Coordinador del mismo es una Gran Empresa que es quién a su vez mediante un Acuerdo expreso regula las condiciones y requisitos de ISFOC para poder tomar parte en este Proyecto y dentro de los condicionantes, nos exigen que solicitemos esas 3 ofertas a diversos subcontratistas para realizar una serie de trabajos. Para ello, ISFOC deberá elaborar un Documento de Especificaciones Técnicas para que las 3 potenciales OPI, o Universidades, etc...



*presenten sus ofertas. Una vez recibidas las mismas, el Acuerdo requiere que las ofertas se evalúan por ISFOC, emitiendo un Informe de valoración de las mismas y dicho informe se ha de pasar al **Líder para que sea quien finalmente decida la entidad Subcontratista con la que se ha de contar para el procedimiento, sin que el Líder nos permita fraccionar en diversos subcontratistas los trabajos a realizar en el marco del proyecto.***

Las tareas y actividades que realiza la empresa Subcontratista y la propiedad industrial e intelectual desarrollada por la subcontratista pertenecerán al Consorcio creado (no a ISFOC).

ISFOC es el que pagaría directamente al Subcontratista en función de una serie de hitos, pero siempre y cuando sea expresa y previamente autorizado por el Líder del proyecto ese pago porque entienda que los trabajos se han realizado adecuadamente.

*Es decir, dado que las funciones y tareas de ISFOC vienen definidas por el propio Líder y por la propia Convocatoria, e ISFOC no tiene apenas margen de maniobra, podemos entender que esa subcontratación entraría dentro de lo dispuesto en el **artículo 11.3 de la LCSP**, que considera excluidos los contratos por los que una entidad del sector público se oblique a prestar algún servicio, (en este supuesto, sería un servicio de selección de subcontratista), sin perjuicio de que el receptor del servicio, si es una entidad del sector público sujeta a esta Ley, deba ajustarse a sus prescripciones para la celebración del correspondiente contrato". Además, la Convocatoria sólo exige 3 ofertas cuando se superen las cuantías del contrato menor.*

Dentro del proyecto, existen también otras inversiones de equipos, pero estas inversiones ya se licitarían por Ley de Contratos, dado que el propietario del equipo será ISFOC y se seguirían los trámites oportunos que marca la LCSP.

Gracias de antemano.

Saludos,"

RESPUESTA

En primer lugar, hemos de indicar que el ISFOC es una empresa pública regional, adscrita a la Consejería de Desarrollo Sostenible; tiene como socio único el Instituto de Finanzas de Castilla-La Mancha, sociedad participada íntegramente por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



Entre otras competencias le corresponde el desarrollo de las funciones de medio propio instrumental y servicio técnico de la región. Dentro del ámbito de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen 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 adelante, LCSP), como parte del sector público, se consideraría [(art. 3.3 d)] “poder adjudicador que no tiene carácter de Administración Pública” (coloquialmente denominado PANAP). Los contratos celebrados por este tipo de entidades, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la LCSP *“se regirán por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la misma, en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, y aquellas normas a las que se refiere el párrafo primero del artículo 319 en materia medioambiental, social o laboral, de condiciones especiales de ejecución, de modificación del contrato, de cesión y subcontratación, de racionalización técnica de la contratación; y la causa de resolución del contrato referida a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205”*.

Aclarado lo anterior, la cuestión que plantea el ISFOC se desenvuelve dentro de una convocatoria de ayudas que publica el XX, mediante “Resolución de XX de XX de XX de la XX, por la que se aprueba la convocatoria para el año XX del procedimiento de concesión de ayudas destinadas al XX”.

La citada convocatoria exige que los beneficiarios subcontraten un 20% de su propio presupuesto; al hilo de esta obligación, la entidad consultante plantea la posibilidad de llevar a cabo la subcontratación al margen de lo dispuesto en la LCSP, en base a lo establecido en el artículo 11.3 de la misma. En este punto, es preciso indicar que el apartado correcto a que se refiere la consultante sería el cuatro. El artículo 11 de la LCSP regula “otros negocios o contratos excluidos”, entre ellos (artículo 11.4), *“los contratos por los que una entidad del sector público se obligue a entregar bienes o derechos o a prestar algún servicio, sin perjuicio de que el adquirente de los bienes o el receptor de los servicios, si es una entidad del sector público sujeta a esta Ley, deba ajustarse a sus prescripciones para la celebración del correspondiente contrato”*. Motiva el ISFOC que el “servicio de selección de subcontratista” entraría dentro del supuesto excluido por la normativa contractual en el apartado 4 del artículo 11: *“los contratos por los que una entidad del sector público se obligue a prestar algún servicio”*.



El supuesto a que se refiere el citado precepto hace alusión a aquellos casos en que el poder adjudicador adquiere el papel de adjudicatario de contratos públicos. Tal y como señala la Junta Consultiva de Contratación de Aragón *“estamos ante contratos en los que corresponde la materialización de la prestación o la ejecución del objeto del mismo al sector público, mientras que el adquirente de los bienes o receptor de los servicios no formará parte de dicho sector. Cuando, por el contrario, el adquirente de los bienes o receptor de los servicios pertenezca igualmente al sector público, lógicamente, y como señala el precepto, entrarán en juego las reglas contenidas en el TRLCSP (en la actualidad, LCSP)”*. En el caso que nos ocupa, el ISFOC no se convierte en adjudicatario de ningún contrato, no se compromete a prestar ningún servicio que pudiera encuadrarse entre las competencias que como tal le corresponden (la investigación y desarrollo de la tecnología fotovoltaica de concentración mediante la instalación y explotación de plantas fotovoltaicas experimentales conectadas a la red), por lo que no podría resultar de aplicación lo dispuesto en el artículo 11.4 de la LCSP como motivo de exclusión del ámbito de aplicación de la normativa contractual.

No obstante lo dispuesto anteriormente, este servicio considera que la “subcontratación”- término que, por otra parte, la Audiencia Nacional (SAN 5096/2014) entiende que probablemente sea inadecuado pues *“la subcontratación presupone la existencia previa de contratación y en éste caso no existe contrato, sino subvención”*- que se pretende llevar a cabo, no encajaría dentro de la regulación de la LCSP, y ello por las siguientes razones:

- Porque la subcontratación responde a una obligación que la propia convocatoria de las ayudas establece, no a una necesidad propia del ISFOC. Así el artículo 2.3.a.iv. de la Resolución de XX de XX de XX, establece:

“Subcontratación de actividades: los proyectos deben contar con una participación relevante de organismos de investigación desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo. En este sentido, se exige que, al menos, el 20% del presupuesto elegible se subcontrate a estas entidades”.

El artículo 1 de la LCSP se refiere a la *“exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer”* como uno de los requisitos para que las entidades sujetas a la misma puedan celebrar los correspondientes contratos. Ello tiene su reflejo en el artículo 28 de la norma, que regula la *“Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación”*, y que dispone lo siguiente:



“1. Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”.

Así pues, la necesidad de llevar a cabo los correspondientes contratos con los organismos de investigación a que se refiere la convocatoria no resulta ser una necesidad propia del ISFOC, sino una obligación que establece aquélla y a la que debe atenderse éste si quiere formar parte, como beneficiario de las ayudas, del consorcio que va a llevar a cabo el proyecto objeto de subvención. Faltaría pues el requisito de la necesidad que acuciaría al órgano de contratación para llevar a cabo aquél contrato sin el cual no podría satisfacer *el cumplimiento y realización de sus fines institucionales*.

- Refuerza lo indicado en el apartado anterior que, tal y como indica la entidad consultante *“Las tareas y actividades que realiza la empresa Subcontratista y la propiedad industrial e intelectual desarrollada por la subcontratista pertenecerán al Consorcio creado (no a ISFOC)”*.
- Únicamente podrán ser objeto de subcontratación determinadas entidades (organismos de investigación) a las que se refiere la convocatoria (artículo 2.3.a.iv.):

“1. Los organismos públicos de investigación definidos en el artículo 47 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (en adelante Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación).

2. Las universidades públicas, sus institutos universitarios, y las universidades privadas con capacidad y actividad demostrada en I+D+i, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, que estén inscritas en el Registro de Universidades, Centros y Títulos, creado por el Real Decreto 1509/2008, de 12 de septiembre.

3. Las entidades e instituciones sanitarias públicas y privadas vinculadas o concertadas con el Sistema Nacional de Salud, que desarrollen actividades de I+D+I. 7



4. *Los institutos de investigación sanitaria acreditados conforme a lo establecido en el Real Decreto 279/2016, de 24 de junio, sobre acreditación de institutos de investigación biomédica o sanitaria y normas complementarias.*

5. *Los Centros Tecnológicos y Centros de Apoyo a la innovación tecnológica que figuren inscritos en el registro de centros regulado por el Real Decreto 2093/2008, de 19 de diciembre.*

6. *También se considerarán organismos de investigación a efectos de este artículo los centros públicos de I+D dependientes de Comunidades Autónomas y las entidades titulares o gestoras de las Infraestructuras Científicas y Técnicas Singulares (ICTS), según el mapa vigente aprobado por el Consejo de Política Científica, Tecnológica y de Innovación”.*

Lo dispuesto anteriormente impediría que, llevado a cabo el correspondiente procedimiento de adjudicación, no pudieran presentarse como licitadoras las entidades que estuvieran interesadas en la ejecución del contrato. El hecho de restringir la participación en el procedimiento de contratación a determinadas entidades conculcaría los principios que vertebran la contratación y que se establecen en el artículo 1 de la LCSP: la libertad de acceso a las licitaciones, y la no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

- Indica, además, la consultante que, una vez recibidas las ofertas de los organismos de investigación a que se dirijan, se evaluarán por el ISFOC, quien emitirá un informe de valoración de las mismas que se pasará al Líder del Proyecto, *“para que sea quien finalmente decida la entidad Subcontratista con la que se ha de contar para el procedimiento”*. En consecuencia, también podría inculcarse la LCSP que exige que los contratos se adjudiquen a la “mejor oferta”, lo que permite a los licitadores impugnar la correspondiente adjudicación en el caso de considerar que su oferta es mejor que la de la adjudicataria del contrato. En este caso la elección no depende de criterios previamente establecidos y que se aplican en condiciones de igualdad a todos los licitadores con el fin de elegir la mejor oferta, sino que la elección corresponde en última instancia al Líder del Proyecto que podría finalmente elegir cualquier otra de las presentadas.

De acuerdo con lo anterior este servicio considera que la subcontratación a realizar por el ISFOC quedaría fuera del ámbito de aplicación de la LCSP.



Asimismo, se estima conveniente que la entidad consultante se dirija al órgano convocante de la ayuda para obtener información más precisa sobre cómo llevar a cabo la subcontratación que se prevé en la correspondiente convocatoria.

Finalmente indicar que, sin perjuicio de lo señalado anteriormente, la presente respuesta a la consulta planteada tiene carácter meramente informativo y en ningún caso resulta vinculante.

Un saludo,

SERVICIO DE ASESORAMIENTO Y NORMALIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN