

LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DEL 2017: ASPECTOS DE ESPECIAL RELEVANCIA PARA LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

Albert Lladó Martínez*

Resumen

La aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público del 2017 conlleva una notable serie de cambios, novedades y adecuaciones en la regulación, gestión y procedimientos de contratación pública. En este artículo se pone el foco en el análisis de las novedades que afectan de forma específica a las universidades públicas, como son el procedimiento para que la transmisión de los resultados de su investigación sea contratada por entes públicos, la consideración subjetiva de las universidades públicas en esta ley, los cambios en la configuración de las mesas de contratación y el procedimiento de asociación para la innovación, de nueva creación con esta norma. Se examinan los principales problemas que estas novedades pueden plantear y se proponen soluciones para su correcta aplicación.

Palabras clave: Contratación pública; universidades; ley de contratos; asociación para la innovación; derecho administrativo.

THE 2017 LAW ON PUBLIC SECTOR CONTRACTS: ASPECTS OF SPECIAL RELEVANCE FOR PUBLIC UNIVERSITIES

Abstract

The approval of the Law on Public Sector Contracts of 2017 entails a noteworthy series of changes, developments and adjustments in the regulation, management and procedures of public procurement. In this article the focus is on the analysis of the developments that specifically affect public universities, such as how the procedure for the transmission of the results of their research is contracted by public entities, the subjective consideration of public universities in this law, the changes in the configuration of the contract awarding committees and the partnership procedure for innovation, newly created with this regulation. It examines the main problems that these developments may pose and proposes solutions for their correct application.

Key words: Public procurement; universities; contract law; partnership for innovation; administrative law.

* Albert Lladó Martínez, profesor asociado de derecho administrativo en el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Girona (UdG). Director técnico de investigación del Centro de Innovación y Gestión de las Administraciones Públicas (CIGAP) de la UdG. C. de la Universitat de Girona, 12, Campus Montilivi, 17003 Girona. albert.llado@udg.edu, [@allado](https://twitter.com/allado).

Artículo recibido el 07.03.2018. Evaluación ciega: 27.03.2018 y 18.05.2018. Fecha de aceptación de la versión final: 25.06.2018.

Citación recomendada: Lladó Martínez, Albert (2018). La Ley de Contratos del Sector Público del 2017: Aspectos de especial relevancia para las universidades públicas. *Revista Catalana de Dret Públic*, (57), 166-191. DOI: [10.2436/rcdp.i57.2018.3119](https://doi.org/10.2436/rcdp.i57.2018.3119).

Sumario

Introducción

1 Breve apunte sobre las principales novedades introducidas por la Ley de Contratos del Sector Público del 2017

2 Implicaciones sobre el procedimiento para contratar a las universidades desde entes públicos por la vía del artículo 83 de la LOU

3 Las universidades públicas en el ámbito subjetivo de la LCSP

4 Las particularidades de la configuración de las mesas de contratación en las universidades

5 El nuevo procedimiento de asociación para la innovación, sus finalidades y su aplicabilidad por las universidades públicas

5.1 Características y fases del procedimiento

Conclusiones

Bibliografía

Siglas

Introducción

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), sigue teniendo como una de sus principales motivaciones, de la misma forma que las anteriores normas sobre contratación pública en las últimas décadas, la adaptación al derecho estatal de las directrices y líneas de comportamiento institucional que emanan de las organizaciones internacionales de referencia, particularmente la Unión Europea. Una vez más, la normativa de contratación se reforma con el objetivo principal de incorporar las modificaciones necesarias para cumplir con, en este caso, las últimas Directivas europeas 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión —tipología no regulada anteriormente por esta vía—, y la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. En cambio, tal como se estipula en el preámbulo de la propia LCSP, la transposición de la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales se llevará a cabo en una ley específica, “que asimismo incorporará al ordenamiento jurídico español la parte de la Directiva 2014/23/UE que resulte de aplicación a los sectores citados”.

Pero las novedades introducidas en la nueva ley no solo son adaptaciones de las citadas directivas, sino que, como también se explica en el preámbulo, se intenta diseñar un sistema de contratación pública “más eficiente, transparente e íntegro”, con la idea de dar un mejor cumplimiento de los objetivos públicos integrando mejoras en la normativa para los tres grandes sectores implicados: por un lado, atendiendo las necesidades de los órganos de contratación; por otro, mejorando las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos; y, finalmente, mejorando los servicios y su prestación a los usuarios. Los grandes objetivos inspiradores, según el propio texto, son, en primer lugar, conseguir una mayor transparencia en la contratación pública y, en segundo lugar, conseguir una mejor relación entre calidad y precio.

Las universidades públicas, como acostumbra a ocurrir con toda la normativa básica, habrán de hacer esfuerzos para adecuar su actuación a las directrices introducidas por la nueva LCSP, concebida con las estructuras de las Administraciones territoriales en mente. En algunos aspectos, la nueva regulación presenta problemas añadidos para las instituciones universitarias, pero en otros se presentan oportunidades para una mejor transferencia y más ágil gestión de los resultados de la investigación universitaria.

1 Breve apunte sobre las principales novedades introducidas por la Ley de Contratos del Sector Público del 2017

En esta primera sección haremos un rápido repaso a las novedades introducidas por la LCSP, siguiendo en lo posible el orden en que aparecen en el texto normativo, dejando aquellas de implicaciones más específicas para las universidades públicas para abordarlas en los apartados siguientes. En primer lugar, llama la atención la expansión que experimenta el ámbito subjetivo de la ley, no solo por haberse incorporado la nueva clasificación de entes introducida por la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, sino por la inclusión de partidos políticos,¹ organizaciones sindicales y empresariales, y las fundaciones o asociaciones vinculadas a todos ellos. Así, en el apartado cuarto del artículo 3, se especifica que estas entidades deberán actuar conforme a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación, siempre que cumplan los requisitos para poder ser poder adjudicador tal como se establece en el apartado 3 letra d) del mismo artículo; es decir, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y siempre que su entidad matriz financie

¹ Con las excepciones por razón del objeto del contrato que se establecen en el artículo 11.5 de la LCSP, en el cual se excluyen de su aplicación a los contratos que tengan por objeto servicios relacionados con campañas políticas, incluidos en los códigos CPV 79341400-0, 92111230-3 y 92111240-6, cuando sean adjudicados por un partido político. Los códigos corresponden, según el Reglamento (CE) 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, que modifica el Reglamento (CE) núm. 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos en lo referente a la revisión del CPV, a servicios de campañas de publicidad y a la producción de películas y de videocintas de propaganda.

mayoritariamente su actividad, controle su gestión o nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

A parte de estas notables inclusiones, la LCSP del 2017 mantiene los tres niveles de aplicabilidad ya existentes: se define, como primer nivel, el sector público a partir de las entidades relacionadas en el apartado 1. De entre ellas, las Administraciones territoriales, los organismos de la Seguridad Social, las universidades públicas y las autoridades administrativas independientes tienen la consideración de Administraciones públicas, segundo nivel. Los consorcios y otras entidades de derecho público tendrán también tal consideración, sujeta a los requisitos de no tener carácter industrial o mercantil y financiarse o controlarse mayoritariamente desde el sector público. El tercer nivel de aplicación corresponde a la consideración de poder adjudicador, que se configura en el artículo 3.3 y que incluye a las consideradas Administraciones públicas más las fundaciones públicas, mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y asociaciones entre entidades que sean poder adjudicador. También serán poder adjudicador las entidades con personalidad jurídica propia creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que estén financiadas o controladas por entidades con la consideración de poder adjudicador.

Destaca asimismo la inclusión de las corporaciones de derecho público en el apartado 5 del artículo dedicado al ámbito subjetivo, de forma que quedarán sujetas también a la LCSP cuando cumplan las condiciones establecidas para ser poder adjudicador. Estas condiciones son las mencionadas para las fundaciones y asociaciones vinculadas a partidos políticos, asociaciones sindicales o empresariales, es decir, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general no de carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos considerados poder adjudicador financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

En cuanto a sus objetivos, la LCSP es ambiciosa: pretende, según el propio preámbulo, una mayor calidad de forma general en la contratación en el sector público, prestando mayor atención y cuidado a aspectos cualitativos relativos al medioambiente, al entorno social y a la innovación. Desde este punto de vista, hay que resaltar que para los casos de empate entre ofertas en el procedimiento de adjudicación se incorporan criterios sociales como baremos de desempate (art. 147.2), incluidos el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social, mejor porcentaje de contratos temporales y mayor porcentaje de mujeres empleadas. Asimismo, las disposiciones adicionales 47-49 disponen los principios específicos de aplicación a los contratos de servicios de carácter social, sanitario o educativo, su reserva a determinadas organizaciones y la posibilidad de que las comunidades autónomas legislen en el ámbito de sus competencias articulando formas no contractuales de prestación de servicios de carácter social. Otro paso en la dirección de garantizar la calidad en la contratación es el mayor control que se establece sobre las ofertas “anormalmente bajas”, que podrán ser rechazadas cuando no cumplan las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral.

La LCSP se obliga a conseguir la simplificación de las tramitaciones, aligerando peso burocrático para todas las empresas licitadoras, pero sobre todo contribuyendo con ello a facilitar a las pequeñas y medianas empresas el acceso a la contratación pública. En este sentido, destacan los artículos 140 sobre la presentación de documentación y 141 sobre la declaración responsable, que se utiliza ahora para acreditar un mayor número de situaciones.² La defensa de la competencia se promueve también con la obligación de poner, a disposición

2 Recogiendo lo establecido en la nueva directiva de contratación, la declaración responsable se mantiene como vía de prueba de no concurrencia de la prohibición de contratar, mientras que, en lo relativo a su función de documento acreditativo del cumplimiento de los requisitos previos, en la LCSP se establece que su contenido deberá ajustarse al formulario del documento europeo único de contratación y, por tanto, se deberá manifestar en ella la válida constitución de la sociedad, la adecuación de su objeto social al de la licitación, la correspondiente clasificación, cumplimiento de requisitos económicos, financieros, técnicos y profesionales, así como la designación de una dirección de correo electrónico habilitada, según lo establecido en el correspondiente pliego y lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta.

Se establecen, además, contenidos específicos para la declaración responsable en los procedimientos restringidos, de licitación con negociación, de diálogo competitivo y de asociación para la innovación, para los cuales se deberá declarar el cumplimiento de las condiciones específicas establecidas en el pliego.

Se incorporan asimismo, a la declaración responsable, referencias a la solvencia y medios obtenidos a través de otras empresas, la de sometimiento a la jurisdicción española para las empresas extranjeras que concurren a contratos que se vayan a ejecutar en España,

de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, información relativa a la contratación pública, tanto de forma previa a la adjudicación (art. 150.1) como durante el procedimiento, cuando los órganos de contratación tengan conocimiento de posibles infracciones de la legislación de defensa de la competencia (art. 332.6), y también con posterioridad, mediante los informes que le serán remitidos a esta comisión y la obligación de trasladar al Tribunal de Cuentas los contratos adjudicados, en los términos establecidos en el artículo 335. Los informes específicos sobre los procedimientos para la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada serán, asimismo, remitidos a la Comisión Europea.

La voluntad de simplificación y agilización se expresa principalmente en la reducción de plazos en los procedimientos abierto y restringido, pero tiene el máximo exponente en la creación de un nuevo procedimiento titulado “procedimiento abierto simplificado” (art. 159). Este procedimiento se podrá utilizar para contratos de obras, suministros y servicios siempre que el valor estimado sea igual o inferior a 2 millones de euros (para los de obras) o a 100.000 euros (para suministros y servicios). Además, será necesario que el pliego de cláusulas no incorpore criterios de adjudicación que impliquen juicios de valor cuya ponderación supere el veinticinco por ciento del total. Este porcentaje podrá llegar al cuarenta y cinco por ciento si el objeto del contrato consiste en prestaciones de carácter intelectual. Destacan en este procedimiento simplificado la reducción de plazos y la no exigencia de garantía provisional por los licitadores.

El otro gran objetivo explícito de esta ley es la lucha contra la corrupción y la prevención de conflictos de intereses.³ Para conseguirlo, el articulado ataca, en primer lugar, el procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía, una vía de adjudicación *quasi* discrecional de la cual se ha abusado claramente, y lo elimina del sistema. Las adjudicaciones por procedimiento negociado sin publicidad quedan ahora restringidas a los casos concretos especificados en el artículo 168, entre los cuales no figura ya el valor del contrato.⁴ Por otro lado, de forma explícita se dedica el artículo 64 a la “lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses”, en el cual se obliga a los órganos de contratación a tomar las medidas adecuadas para luchar contra “el fraude, el favoritismo y la corrupción”, y a prevenir y solucionar de forma efectiva aquellos conflictos de intereses que puedan aparecer en los procedimientos de licitación, todo ello con el fin de garantizar la libre competencia y favorecer la transparencia y la igualdad de trato en los procedimientos de adjudicación.

La segunda gran área de acción en la lucha contra la corrupción es el incremento de la transparencia, y una de las vías para conseguirlo se desarrolla en las disposiciones adicionales de la decimoquinta a la

y se establece también la necesidad de una declaración por cada empresa cuando varios empresarios acudan a la licitación agrupados en unión temporal.

3 Objetivos que, según (Gimeno, 2017a), el articulado de la LCSP encara correctamente: “tras el debate parlamentario, se han dado importantes pasos para intentar solucionar problemas estructurales de transparencia y de prevención de la corrupción, en especial derivados de la dualidad de regímenes jurídicos en función de la consideración o no de Administración pública, o de debilidad del control”.

4 Se podrá adjudicar mediante el procedimiento negociado sin la previa publicación de anuncio de licitación únicamente en:

a) contratos de obras, suministros y servicios en los casos en que: 1) no se han presentado solicitudes u ofertas adecuadas, siempre que no se varíen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato ni se incremente el presupuesto base o el sistema de retribución, enviando informe a la Comisión Europea si esta lo solicita; 2) las obras, suministros o servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por tratarse de la creación o adquisición de una obra de arte o que no exista competencia por razones técnicas o de derechos exclusivos; 3) cuando el contrato sea declarado secreto o reservado;

b) contratos de obras, suministros y servicios en casos de imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles, o cuando en el procedimiento seguido previamente solo se hubieren presentado ofertas irregulares o inaceptables;

c) contratos de suministros en los cuales: 1) los productos se fabriquen exclusivamente para fines de investigación; 2) se trate de entregas adicionales como reposición de suministros o instalaciones existentes cuando el cambio de proveedor sea incompatible; 3) cuando se trate de adquisición en mercados organizados; 4) cuando un suministro concertado en condiciones especialmente ventajosas cesa definitivamente en sus actividades;

d) contratos de servicios cuando el contrato sea la consecuencia de un concurso de proyectos y deba adjudicarse al ganador, de acuerdo con las normas aplicables. También será procedente cuando el proveedor de un servicio concertado en condiciones ventajosas cesa definitivamente en sus actividades comerciales;

e) contratos de obras y de servicios, cuando estos consistan en la repetición de otros similares adjudicados al mismo contratista mediante alguno de los procedimientos de licitación con publicación previa del correspondiente anuncio. Las posibles obras o servicios adicionales y sus condiciones de adjudicación se deberán mencionar en el proyecto base.

decimoséptima, en las cuales se regula la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la LCSP, así como las normas relativas a los medios de comunicación utilizables y los requisitos específicos de las herramientas y dispositivos de recepción electrónica de documentos. La utilización de medios electrónicos facilita en general el control de los procedimientos en todas sus fases y, bajo las condiciones estipuladas, el posterior acceso a la documentación para su revisión y fiscalización. Finalmente, por lo que respecta a las novedades más destacadas en cuanto a transparencia, la regulación del perfil de contratante (art. 63) se hace más exhaustiva y se configura como una herramienta de máxima importancia como instrumento de publicidad de los actos y fases del procedimiento de contratación.

En cuanto a la tipología contractual establecida por la nueva LCSP, el aspecto más destacable es la novedad que supone la regulación por la nueva Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que no había sido ordenada hasta ahora por la normativa europea. En este ámbito, desaparece de la LCSP el contrato de gestión de servicio público y, con él, los sistemas de gestión indirecta de los servicios públicos vigentes en la normativa anterior. En cambio, se crea la figura de la concesión de servicios, definida en el artículo 15 y desarrollada en el libro segundo, título II, capítulo III, de forma análoga a la ya existente concesión de obras. El objeto del contrato sigue siendo la gestión indirecta de servicios de los cuales es titular una Administración pública, siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares, y quedando excluidos aquellos que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

La inclusión de este nuevo tipo de contrato y su diferenciación del contrato de servicios tiene su fundamento en la consideración de quién asume el llamado “riesgo operacional”; es decir, si el contratista es quien se arriesga en la prestación del servicio y asume tanto las ganancias como las posibles pérdidas, nos encontraremos ante un contrato de concesión de servicios. Si este riesgo operacional corre a cargo de la Administración, mientras que el contratista simplemente tramita su ejecución, se tratará entonces de un contrato de servicios.

Por otra parte, desaparece el contrato de colaboración público privada, ya que, tal como expone el propio texto, el objeto de estos contratos puede llevarse a cabo mediante contratos de concesión. Se regula el contrato mixto, definido como aquel que contiene prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase. Esta tipología ya aparecía en la norma previa, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), como una posibilidad de fusión de prestaciones de diferentes contratos dentro de la cláusula genérica de libertad de pactos; en la nueva norma se mantiene esta premisa básica (art. 34.2), pero se detalla su régimen jurídico de preparación, adjudicación y cumplimiento, así como su extinción en el artículo 18. De forma general, se aplican para su preparación y adjudicación las normas de aquel de los contratos fusionados cuya prestación sea la principal o cuyo valor estimado sea más elevado, mientras que los efectos y extinción se regulan en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas.

Se mantiene la distinción entre contratos bajo regulación armonizada a partir de un determinado umbral de cuantía, actualizado con la modificación introducida por la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2018. Y mencionar también que, para los contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, las entidades con consideración de Administraciones públicas se registrarán por la LCSP, según establece su disposición adicional octava, mientras que las entidades del sector público que no tengan tal consideración seguirán la legislación vigente en estos ámbitos, en este momento la Ley 31/2007, de 30 de octubre, a la espera de la tramitación de la correspondiente norma de transposición.⁵

En lo referente a las operativas y procedimientos de contratación, además de la mencionada regulación extensiva de la declaración responsable, se regulan nuevos medios de acreditación del cumplimiento de los requisitos necesarios en obras, productos, servicios o procedimientos. Así, en los artículos 80 y siguientes se disponen las formas de acreditación de la solvencia económica y financiera, por un lado, y la solvencia técnica por otro, con especificidades para los contratos de obras, de suministros o de servicios, siendo en

⁵ Presentado en noviembre de 2016, en septiembre de 2018 continúa en trámite parlamentario el Proyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014.

general prueba de tal solvencia la clasificación del empresario en el grupo o subgrupo correspondiente. Para determinados casos en que el órgano de contratación lo exija, será necesaria también la acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad y de gestión medioambiental.

Por otra parte, la regulación de las mesas de contratación es ahora más detallada (art. 326) y se especifican con mayor detalle tanto sus funciones como su composición. En el apartado cuarto entraremos a examinar la nueva configuración de este órgano para hacer algunos apuntes relativos a su configuración en las universidades públicas.

Es también remarcable la desaparición de la cuestión de nulidad, aunque los motivos que la podían sustentar no desaparecen, sino que han de vehicularse mediante el recurso especial en materia de contratación, que puede interponerse ante los contratos establecidos en el artículo 44.1, esto es, contratos de obras de más de 3 millones de euros, de suministros y servicios de más de cien mil, y los de concesión de obras o de servicios de más de tres millones. Se podrán recurrir, potestativamente, un amplio listado de actuaciones, desde los anuncios de licitación, actos de trámite y acuerdos de adjudicación hasta modificaciones del contrato o acuerdos de rescate de concesiones.

En cuanto a los procedimientos, junto al ya mencionado abierto simplificado se introduce también el nuevo procedimiento de asociación para la innovación, en el cual profundizaremos en el apartado quinto, desde el punto de vista de su uso por las universidades.

Se incorporan novedades también en la gobernanza del sistema, diseñada en el libro IV de la LCSP y que se estructura a partir de tres órganos consultivos colegiados a nivel estatal. En primer lugar, a la ahora denominada Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que tiene como atribuciones la regulación y consulta en materia de contratación pública del sector público estatal, se le atribuyen funciones de gran calado, como la promoción de normas o medidas para la mejora del sistema de contratación, la aprobación de recomendaciones a los órganos de contratación, la emisión de informes y coordinación del cumplimiento de las obligaciones de información impuestas por las directivas europeas. Para esto último, elaborará y remitirá a la Comisión Europea cada tres años un informe referido a todos los poderes adjudicadores estatales, autonómicos y locales respecto de la licitación y ejecución de contratos públicos. Además, en el seno de este órgano se crea el Comité de Cooperación en materia de contratación pública, que coordinará los criterios de interpretación de las Administraciones públicas, y del cual formarán parte tanto la Administración estatal como representantes de las comunidades autónomas y de las organizaciones representativas de las entidades locales. Los órganos consultivos de las comunidades en materia de contratación pública ejercerán su competencia en el ámbito territorial correspondiente.

Se crea asimismo la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, que velará por la correcta aplicación de la legislación y la promoción de la concurrencia, y combatirá las ilegalidades en el ámbito de la contratación pública, con plena independencia orgánica y funcional. Esta Oficina elaborará un informe de supervisión que remitirá a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, informe que se integrará en el que esta enviará a la Comisión Europea cada tres años. En el interior de la Oficina Independiente, se integra la Oficina Nacional de Evaluación, que tendrá como misión el análisis de la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios.

La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación tiene también como función la aprobación de la Estrategia Nacional de Contratación Pública, propuesta por el mencionado Comité de Cooperación en materia de contratación, documento que se erige como el instrumento jurídico vinculante que analizará los datos relativos a la contratación pública al objeto de monitorizar el cumplimiento de los objetivos declarados en la nueva LCSP: la eliminación de la corrupción y las irregularidades, el incremento de la profesionalización de los agentes públicos del sistema, la promoción de la eficiencia económica, la generalización del uso de la contratación electrónica, el apoyo a las políticas medioambientales, sociales y de innovación y el fomento de la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública.

Como medidas de control añadido, deberán enviarse copias de los contratos al Tribunal de Cuentas, u órgano externo de fiscalización de la comunidad autónoma, acompañadas de extractos del expediente de contratación, siempre que superen determinadas cuantías, así como una relación del resto de los contratos de importe

superior a 5.000 euros. Se deberá informar también al Tribunal de Cuentas de las modificaciones, prórrogas, variaciones de plazos o de precios, nulidad y extinción normal o anormal de los contratos informados. Por otra parte, los órganos de contratación deberán redactar informes sobre cada contrato sujeto a regulación armonizada, informes que serán remitidos a la Comisión Europea o al Comité de Cooperación previamente mencionado, siempre que estos los soliciten.

Las universidades continúan, por otra parte, eximidas de la obligación de clasificación para ser adjudicatarias de contratos en los supuestos del artículo 83 de la LOU, tal como se recoge en la disposición adicional sexta de la LCSP, de redactado idéntico al anterior TRLCSP. Se incorpora al redactado de la presente Ley de Contratos la exención de las universidades del impuesto sobre el valor añadido, incorporada en la disposición adicional décima de la LCSP, que estipula que “las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas directamente por las Administraciones Públicas” no estarán sujetas al impuesto. Hay que notar que, como veremos más adelante, las universidades son consideradas Administraciones públicas por la LCSP, y así se recoge en el texto que se incorpora a la Ley del IVA.

La ejecución mediante medios propios de los poderes adjudicadores se encuentra regulada en el artículo 32, y en el 33 para las entidades del sector público sin la consideración de poder adjudicador, y se aumentan de forma notable las exigencias para utilizar esta vía, que no tiene la consideración de contrato. La calificación de medio propio personificado se obtiene con el cumplimiento de los requisitos previstos, destacadamente: que el poder adjudicador ejerza sobre ellos un control directo o indirecto para conferirle encargos de ejecución obligatoria, que la actividad encargada sea coherente con las actividades habituales del destinatario y que la condición de medio propio personificado se reconozca expresamente en sus estatutos o acto de creación. Un medio propio personificado podrá serlo respecto de dos o más poderes adjudicadores, siempre que estos ejerzan sobre él un control conjunto análogo al que ostentan sobre sus propias unidades. Los encargos realizados a estos medios propios no tendrán la consideración jurídica de contrato y estarán sujetos a las normas especificadas en el apartado 6 del artículo 32, siendo destacable que las posibles subcontrataciones que el medio propio pudiera encargar a terceros no pueden superar el cincuenta por ciento de la cuantía del encargo.

2 Implicaciones sobre el procedimiento para contratar a las universidades desde entes públicos por la vía del artículo 83 de la LOU

Como es bien sabido, buena parte de la transferencia de conocimiento y tecnología derivada de la actividad investigadora de las universidades se vehicula a través de los contratos previstos en el artículo 83 de la LOU. De esta forma, los grupos de investigación, departamentos, institutos y profesorado universitario pueden celebrar contratos con “personas, Universidades o entidades públicas y privadas” para la realización de trabajos de carácter científico, técnico o artístico y para el desarrollo de enseñanzas de especialización o actividades específicas de formación, según el redactado del mencionado precepto, unos contratos en los que la universidad actúa como contratista. De entre estas colaboraciones, una parte significativa se trata de contratos promovidos por otras Administraciones públicas, que se han venido celebrando sometidos a la regulación de la normativa para la contratación pública y que se han adjudicado, si no en todos los casos sí de forma habitual, mediante el procedimiento negociado sin publicidad que se preveía en el artículo 169 del TRLCSP.

Sin embargo, con la nueva LCSP, este procedimiento, como ya hemos comentado, aunque no desaparece queda restringido a unos supuestos muy concretos recogidos en el artículo 168, ya explicados en el apartado anterior. Por tanto, y como tantos otros, los contratos del artículo 83 de la LOU promovidos por poderes adjudicadores del sector público ya no se podrán adjudicar por este procedimiento, que les resultaba tan cómodo por su agilidad y por la facilidad para contratar prácticamente de forma directa a quien se desea contratar, y deberían, aparentemente, ser objeto de licitación con la correspondiente publicidad. Veremos en este apartado que, en realidad, ninguno de estos procedimientos son adecuados para la transmisión de la actividad investigadora de las universidades, sea esta del sector privado o del público. Propondremos como procedimiento a seguir el dispuesto al efecto por la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, pero estudiaremos primero las vías que no deben utilizarse y porqué.

El endurecimiento en la regulación del procedimiento sin publicidad, unido a los cambios en la regulación de los contratos menores, que pueden otorgarse de forma directa pero que individualmente o en conjunto no pueden superar la cifra máxima de 50.000 euros⁶ prevista para este tipo de contratos,⁷ va a producir, sin duda, disfunciones en la vehiculación de la transmisión de conocimiento e innovación de las universidades a las Administraciones públicas, una transmisión que a menudo se traduce en una diversidad de contratos de transferencia, no siempre de carácter continuo pero sí frecuente, entre instituciones públicas y grupos de investigación, departamentos o investigadores de las universidades, que fácilmente puede superar en su conjunto el mínimo previsto para los contratos menores. Esta vía va a ser, por tanto, menos utilizable con la LCSP del 2017.

Otra vía manejada para dar cobertura a las prestaciones de transmisión de conocimiento y resultados de investigación de las universidades a otras Administraciones han sido los convenios, celebrados entre universidades públicas, entidades de la Seguridad Social, Administraciones territoriales y sus entidades dependientes. Los convenios, así como las encomiendas de gestión, continúan excluidos de la LCSP, esta vez en el artículo 6 dedicado específicamente a ello —en el TRLCSP, los convenios se encontraban en la lista de negocios y contratos excluidos del artículo 4.c—, mientras que las encomiendas de gestión aparecían en el artículo 24.6, dedicado a la ejecución por medios propios de la Administración.

La regulación actual estipula una serie de condiciones para poder establecer estos convenios entre entes públicos: en primer lugar, no tener vocación de mercado; en segundo, que la cooperación se establezca para garantizar objetivos relativos a la prestación de los servicios públicos que tienen encomendados y, finalmente, que los objetivos estén guiados en todo caso por el interés público. La lectura estricta de estas condiciones podría sugerir su conveniencia para el establecimiento de las relaciones de prestación de servicios de investigación y transferencia de conocimiento a que estamos haciendo referencia. Sin embargo, los convenios son una herramienta concebida para otras finalidades, tal como explica Tardío (2014), en general para regular relaciones jurídicas en las cuales no existe una prestación de servicios o una cesión de bienes a cambio de una compensación, sino que su razón de ser es la aportación o la colaboración entre las partes para conseguir un objetivo común.⁸ El contrato, en cambio, es la forma concreta a la que se alude en el artículo 83 de la LOU, y este tiene un componente oneroso intrínseco, ya que, a través de él, una parte se obliga a cumplir una prestación determinada, a cambio de la cual recibe una compensación económica. Habría, pues, que descartar también la vía de los convenios para las relaciones de transferencia de la universidad a instituciones del sector público.

6 La cifra originalmente prevista en la LCSP era de 15.000 euros, y fue modificada con la inclusión en ella de una disposición adicional quincuagésima cuarta, a través de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. Esta disposición establece que “atendiendo a la singular naturaleza de su actividad, como excepción al límite previsto en el artículo 118 de esta Ley, tendrán en todo caso la consideración de contratos menores los contratos de suministro o de servicios de valor estimado inferior o igual a 50.000 euros que se celebren por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, siempre que no vayan destinados a servicios generales y de infraestructura del órgano de contratación”. La misma disposición aclara que las universidades públicas se encuentran incluidas en esta categoría de agentes públicos.

7 Aunque esta limitación ha sido matizada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que en febrero del 2018 aprobó dos informes que incluían en sus conclusiones la necesidad de interpretar el artículo 118.3 de forma teleológica, considerando que la finalidad del precepto es justificar, en el expediente de contratación de los contratos menores, que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor. Así, se concluye que los contratos no deben formar una unidad y deben ser cualitativamente diferentes. Si se cumplen estas premisas, siendo responsabilidad del órgano de contratación que así sea, no será de aplicación el límite fijado para estos contratos: “La ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad. Por ello, fuera de los casos de alteración fraudulenta del objeto del contrato, si es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista, pero en este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma”. Véase, en la página web del Observatorio de Contratación Pública, el artículo “[Aprobados tres informes en relación al contrato menor con las siguientes conclusiones por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado](#)”.

8 La Resolución legislativa del Parlamento europeo sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 26 de octubre de 2006 excluye, de la aplicación del derecho de contratación pública, el caso de colaboración entre entidades municipales como medida de reorganización administrativa y sin ofrecimiento de la prestación de tales servicios a terceros en el mercado libre. Sin embargo, el documento de la Comisión Europea SEC (2011) 1169 final, indica que esta modalidad, a la que califica de cooperación no institucionalizada/horizontal, “puede comportar derechos y obligaciones recíprocos, pero no transferencias financieras entre las partes públicas cooperantes, salvo el reembolso de los costes reales de las obras, servicios o suministros. La prestación de servicios a cambio de retribución es una característica de los contratos públicos sujetos a las normas sobre contratación pública de la UE”.

Tampoco va a poder aplicarse, a la contratación del producto de los investigadores universitarios, el procedimiento del artículo 159.6 de la LCSP, al que, no habiendo recibido una denominación específica en el texto legal, comúnmente se conoce como *supersimplificado*. Este procedimiento puede convertirse en una vía de adjudicación alternativa a la que se acostumbraba con el uso de los contratos menores (González, J., 2018), pero no lo es para la contratación prevista en el artículo 83 de la LOU ya que, como establece ya desde el primer párrafo el mencionado artículo, no será de aplicación a los contratos “que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual”. Así pues, siendo este procedimiento a buen seguro de interés para las universidades como poder adjudicador en licitaciones de obras de menos de 80.000 euros o suministros y servicios de menos de 35.000, no podrá ser utilizado para ser contratada por otros entes públicos.

La vía que parecería haber de emplearse para formalizar este tipo de contratación, de entre las previstas en la LCSP, sería la de la licitación con negociación, prevista en el artículo 167. Sin embargo, este es un procedimiento que claramente no está pensado para facilitar y agilizar la transferencia de conocimiento e innovación fruto de la actividad investigadora de las universidades, y que, además, entra en contradicción con las exigencias que incorporan tanto la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES) como la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (LCTI). En efecto, ambas leyes, aunque como señala (Estupiñán, 2014) lo hacen de forma poco coordinada, expresan de forma explícita, tanto en sus preámbulos como de forma concreta en el articulado, como veremos, la necesidad de aumentar la agilidad en los procedimientos de transmisión de la actividad investigadora y de los derechos de propiedad intelectual, y de la competitividad en general de las universidades españolas.⁹

Y concretamente, la LCTI dedica su artículo 36 a “la aplicación del derecho privado a los contratos relativos a la promoción, gestión y transferencia de resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación”. En su redactado, estipula que se regirán por el derecho privado, en todos los casos, los contratos suscritos, entre otros, por las universidades, con ocasión de la constitución o participación en sociedades y los de colaboración para la valorización y transferencia de resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación. También los contratos de prestación de servicios de investigación y asistencia técnica con entidades públicas y privadas, para la realización de trabajos de carácter científico y técnico o para el desarrollo de enseñanzas de especialización o actividades específicas de formación. Para esta última tipología de contratos añade que, en caso de que el receptor de los servicios sea una entidad del sector público, esta deberá ajustarse a las prescripciones de la Ley de Contratos del Sector Público.

Esta remisión nos lleva de vuelta a la LCSP, concretamente a su artículo 9.2, ya que, siendo el objeto del contrato la transmisión de conocimiento, resultados de investigación o derechos de propiedad industrial o intelectual, se trata en todo caso de propiedades incorpóreas que se encuentran excluidas de la aplicación de la LCSP y han de regularse, según el propio artículo 9.2, “por la legislación patrimonial”. Hay que señalar que la propia LOU, en su artículo 80.5, añadido precisamente por la disposición final 3.7 de la LCTI, indica que tanto los derechos de propiedad industrial como los de propiedad intelectual derivados de la actividad investigadora del personal universitario forman parte del patrimonio de la universidad,¹⁰ y se remite para la administración y gestión de estos bienes a lo previsto en la LCTI, visto en el párrafo anterior.

Por su parte, la LES se refiere a los resultados de las actividades de investigación, desarrollo e innovación realizadas como consecuencia del desempeño de las funciones que les son propias (a, entre otros organismos, las universidades públicas) para estipular, en primer lugar, que su transmisión a terceros se regirá por el

9 Así, en el preámbulo de la LES se expresa su intención de “incidir directamente en la mejora de la competitividad del tejido económico español”, y añade que “incorpora medidas de impulso a la actividad investigadora y a la innovación”. Por su parte, la LCTI se propone impulsar un cambio en el modelo productivo español “a través de la apuesta por la investigación y la innovación como medios para conseguir una economía basada en el conocimiento que permita garantizar un crecimiento más equilibrado, diversificado y sostenible”. Para ello, entre otras actuaciones, promueve el “fomento de la innovación desde la demanda pública”, para lo cual, en lo referente a “la promoción, gestión y transferencia de resultados de la actividad investigadora, los contratos de sociedad, de colaboración para la valorización y transferencia de resultados, y de prestación de servicios de investigación y de asistencia técnica, estarán sujetos al derecho privado”.

10 Artículo 80.5 de la LOU: “Formarán parte del patrimonio de la Universidad los derechos de propiedad industrial y propiedad intelectual de los que ésta sea titular como consecuencia del desempeño por el personal de la Universidad de las funciones que les son propias. La administración y gestión de dichos bienes se ajustará a lo previsto a tal efecto en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación”.

derecho privado¹¹ en los términos previstos en la propia LES, por los estatutos de las universidades y aplicándose los principios de la legislación del patrimonio de las Administraciones públicas (Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas [LPAP]) para la resolución de las posibles dudas o lagunas; y, en segundo lugar, que tal transmisión de derechos se llevará a cabo mediante adjudicación directa en una serie de supuestos, entre los cuales cuando se transmitan a otra Administración pública o a cualquier persona de derecho público o privado perteneciente al sector público.¹²

Para recapitular, tenemos, por un lado, que la LOU establece que los derechos de propiedad industrial e intelectual derivados de la investigación universitaria son patrimonio de la universidad. Tratándose de un patrimonio inmaterial, la categoría afín que aparece en la LCSP es la de “propiedad incorporeal”, en el artículo 9.2, categoría que queda excluida de la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público y que el mismo artículo remite a la legislación sobre patrimonio de las Administraciones públicas. Por su parte, tanto la LES como la LCTI regulan también la transmisión de la actividad investigadora y los derechos sobre la propiedad industrial e intelectual que se deriven de ella. Las dos leyes establecen que su contratación debe regularse por el derecho privado y mediante adjudicación directa, si bien ambas introducen matizaciones: en el caso de la LES se prevé que deberán tenerse en cuenta además los estatutos de las universidades y los principios de la LPAP; mientras tanto, la LCTI indica que, si el contratante es un ente público, este deberá ajustarse a la LCSP, lo que nos lleva de vuelta al artículo 9.2, la exención de la propiedad incorporeal y de nuevo a la LPAP.¹³

De entre todo este entramado, lo primero que queda claro es la patente descoordinación del legislador. Y, en segundo lugar, que en ningún caso se legisla pensando en las universidades, ni en sus necesidades, su particular organización ni, sobre todo, sus funciones. Dicho esto, me atrevería a concluir que la contratación de las universidades desde otras Administraciones públicas para la transmisión de su actividad investigadora, así como los derechos de propiedad industrial e intelectual, está excluida de la aplicación de la LCSP por su artículo 9.2 y que deberá seguirse lo dispuesto al respecto en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, tal como se prevé en el mencionado artículo, y como también lo estipulan tanto la Ley de Economía Sostenible como la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.

3 Las universidades públicas en el ámbito subjetivo de la LCSP

Desde que se formalizó una regulación sistemática de la contratación pública, la correspondiente normativa ha sido de aplicación a las universidades públicas en todas sus redacciones. En un principio como integrantes del Ministerio de Educación Nacional, bajo la dirección del cual se tramitaban las compras y contratos correspondientes;¹⁴ más tarde, con la entrada en vigor de la Ley de Bases de Contratación del Estado de 1963 y la Ley de Régimen Jurídico de Entidades Estatales Autónomas, de 1958, las universidades adquieren ya la condición de organismo autónomo y, con ella, la plasmación de una cierta autonomía para la contratación,¹⁵ dentro de las previsiones de la mencionada Ley de Bases de Contratación.

11 Artículo 55 de la LES, apartado 2: “La transmisión a terceros de derechos sobre los resultados de la actividad investigadora, bien se trate de cesión de la titularidad de una patente o de concesión de licencias de explotación sobre la misma, o de las transmisiones y contratos relativos a la propiedad intelectual, se regirá por el derecho privado, en los términos previstos por esta ley y las disposiciones reguladoras y estatutos de las entidades a que se refiere el artículo 53, aplicándose los principios de la legislación del patrimonio de las Administraciones Públicas para resolver las dudas y lagunas que puedan presentarse”.

12 Artículo 55 de la LES, apartado 3: “La transmisión de derechos se llevará a cabo mediante adjudicación directa en los siguientes supuestos:

a) Cuando los derechos se transmitan a otra Administración Pública o, en general, a cualquier persona jurídica de derecho público o privado perteneciente al sector público”.

13 Efectivamente, la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en sus títulos IV y V, prevé la explotación de las propiedades incorporeales de los organismos públicos y posibilita su adjudicación directa cuando sea procedente por las peculiaridades del bien.

14 La Ley de 29 de julio de 1943, sobre ordenación de la Universidad española, establecía en su artículo 5 que “la Universidad tendrá plenitud de personalidad jurídica en todo lo que no esté limitada por la ley y siempre dentro del ejercicio de sus funciones universitarias. Para las adquisiciones onerosas o lucrativas y para toda clase de enajenaciones o imposición de gravámenes, así como para la anual vigencia de su presupuesto, será necesaria la autorización del Ministerio de Educación Nacional”.

15 Aunque formalmente pasaban a ser organismos autónomos, se mantiene una notable dependencia del ministerio competente. Así, en el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Real Decreto 923/1965, se faculta para celebrar contratos a “los legítimos representantes del Organismo según su Ley constitutiva”, pero necesitan aprobación para los de determinadas

La entidad propia de las universidades da un paso más con el reconocimiento de su personalidad jurídica propia, introducido por la Ley 14/1970 General de Educación, conocida como Ley Villar Palasí, que introduce asimismo la figura de los Estatutos de las universidades.¹⁶ Ya con la Constitución de 1978 en vigor, la Ley de Reforma Universitaria de 1983 las define como “dotadas de personalidad jurídica y desarrollan sus funciones en régimen de autonomía”. Por otra parte, en el artículo 11 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (LRU)¹⁷ se abría la puerta a la universidad a la posibilidad de contratar para obtener los frutos de su labor científica e investigadora, una actividad como contratista que continua vigente. Finalmente, en cuanto a la configuración de la personalidad de las universidades, la vigente Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU), modificada en 2007, las continúa definiendo como dotadas de personalidad jurídica propia y estipula que desarrollan sus funciones en régimen de autonomía.¹⁸

De esta forma, ya estuviera integrada dentro del aparato gestor de un ministerio, ya se la considerara organismo autónomo o *ente* dotado de personalidad jurídica propia, la universidad pública se ha regido siempre por las normas de aplicación a las entidades públicas a la hora de contratar. Y ya desde la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, las universidades aparecen explícitamente mencionadas en la categoría de entidades que, a sus efectos, tendrán la consideración de Administraciones públicas. En la práctica, la identificación de las universidades como entidad independiente no supone ni implica diferencias en la aplicación de la normativa de contratación pública, puesto que la sujeción y su alcance van a ser exactamente los mismos para los organismos autónomos de una Administración territorial que para las universidades públicas; sin embargo, el tratamiento diferenciado responde a la consideración ya mencionada de entidades con personalidad jurídica propia recogida en la LOU y, principalmente, a su autonomía reconocida en la Constitución (art. 27.10).

Continuando con la configuración del ámbito subjetivo, la LSCP sigue manteniendo el esquema vigente desde la transposición de la antigua Directiva 2004/18/CE, que, dentro del gran contenedor de entidades que es el *sector público*, define tres niveles de organismos a los cuales se aplica un régimen de mayor o menor intensidad en la sujeción a la legislación de contratos públicos (Martín, 2016), en función del nivel en que se encuentren encuadrados y de los contratos que puedan celebrar. Así, dentro del sector público (art. 3.1) encontramos el primer subconjunto formado por aquellos entes que tienen la consideración de Administraciones públicas (art. 3.2). La segunda categorización dentro del sector público (art. 3.3) corresponde a la de los poderes adjudicadores, que incluye a la totalidad de los considerados Administración pública más las fundaciones públicas, mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y aquellas otras entidades creadas para satisfacer necesidades públicas, siempre que uno o varios de los poderes adjudicadores expuestos financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros

cuantías, excepto en los casos de urgencia. Los presidentes o directores de los organismos (los rectores en las universidades) nombran las mesas de contratación y las juntas de compras, y pueden concertar directamente los suministros, siempre que constituyan el objeto directo de sus actividades. No obstante, “la Junta de Compras Central podrá dictar instrucciones”.

16 Respecto a su autonomía: “tendrán personalidad jurídica y patrimonio propio” y “gozarán de autonomía” con base a la que “tendrán plena capacidad para realizar todo tipo de actos de gestión y disposición, sin más limitaciones que las establecidas por las Leyes” (art. 63). Respecto a los Estatutos y su alcance en el ámbito de la contratación, el artículo 66 puntualiza: “Cada Universidad se regirá por un Estatuto singular ajustado a las prescripciones de la presente Ley y que habrá de ser aprobado mediante Decreto a propuesta del Ministerio de Educación y Ciencia. [...] Los Estatutos universitarios determinarán también los preceptos de las vigentes Leyes de Administración y Contabilidad del Estado, Entidades Estatales Autónomas, Contratos del Estado y Funcionarios Civiles del Estado, de cuya aplicación será dispensada la respectiva Universidad. A este fin, tales Estatutos serán informados por el Ministerio de Hacienda antes de su elevación al Consejo de Ministros”.

17 LRU, artículo 11: “Los Departamentos y los Institutos Universitarios, y su profesorado a través de los mismos, podrán contratar con entidades públicas y privadas, o con personas físicas, la realización de trabajos de carácter científico, técnico o artístico, así como el desarrollo de cursos de especialización. Los Estatutos de las Universidades establecerán el procedimiento para la autorización de dichos contratos y los criterios para la afectación de los bienes e ingresos obtenidos”.

18 Sus funciones, así como el alcance de su autonomía, vienen definidas en el artículo 2, apartado 2, destacando en los ámbitos de la gestión que aquí nos interesan las dispuestas en la letra h): “La elaboración, aprobación y gestión de sus presupuestos y la administración de sus bienes”, y en la letra j): “El establecimiento de relaciones con otras entidades para la promoción y desarrollo de sus fines institucionales”, así como la cláusula final de la letra k): “Cualquier otra competencia necesaria para el adecuado cumplimiento de las funciones señaladas en el apartado 2 del artículo 1”. A este respecto, las funciones a que se refiere son: a) La creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura; b) La preparación para el ejercicio de actividades profesionales que exijan la aplicación de conocimientos y métodos científicos y para la creación artística; c) La difusión, la valorización y la transferencia del conocimiento al servicio de la cultura, de la calidad de la vida, y del desarrollo económico y d) La difusión del conocimiento y la cultura a través de la extensión universitaria y la formación a lo largo de toda la vida.

de su órgano de administración, dirección o vigilancia. Finalmente, se configura un tercer nivel de aplicación de la LCSP en el artículo 3.4 para los partidos políticos, asociaciones sindicales y empresariales que deberán actuar conforme a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación; y en el 3.5 para las corporaciones de derecho público, a las que se aplicará la ley cuando cumplan los requisitos previstos para ser considerado poder adjudicador.¹⁹

Las universidades públicas se encuentran encuadradas dentro del sector público y tienen, además, la consideración explícita de Administraciones públicas; y, como tales, también son consideradas poder adjudicador. La configuración concreta del literal de la LCSP es la siguiente. En primer lugar, en referencia a formar parte del sector público:

Artículo 3. Ámbito subjetivo.

1. A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público las siguientes entidades:

[...]

c) Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes.

Respecto a tener la consideración de Administración pública, en el mismo artículo:

2. Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas las siguientes entidades:

a) Las mencionadas en las letras a), b), c), y l) del apartado primero del presente artículo. [...]

Y en cuanto a ser poder adjudicador, también en el artículo 3:

3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades:

a) Las Administraciones Públicas. [...]

Esta redacción, que no varía la consideración de las universidades respecto de la norma anterior del 2011, presenta, desde el punto de vista formal, una reordenación interesante. A la hora de otorgar la consideración de Administraciones públicas, en el apartado 2 del artículo 3, el texto refundido del 2011 mencionaba, en primer lugar y dentro del mismo párrafo, a las Administraciones territoriales y las entidades y servicios de la Seguridad Social. Posteriormente, en las letras siguientes añadía los organismos autónomos (b) las universidades públicas (c) y otras entidades (d) y (e).

En el redactado actual, en cambio, las universidades se encuentran incluidas en el paquete referido en la letra (a), que engloba Administraciones territoriales, entidades de la Seguridad Social y organismos autónomos. Esta clasificación, como he comentado, no tiene consecuencias en el fondo de la cuestión: las universidades tienen consideración de Administración pública, tanto en la norma del 2011 como en el redactado actual de la LCSP del 2017. Sin embargo, y aunque probablemente se trate de una simple opción de cara a la simplificación del redactado, no deja de ser remarcable que se haya incluido a las universidades públicas, por así decirlo, en un primer nivel, al lado de las Administraciones territoriales, la Seguridad Social y los organismos autónomos.

Este cambio no llamaría la atención, en principio, más allá de la simple mención de la nueva ordenación de los mismos sujetos. Las universidades, paralelamente a lo aquí expuesto en el ámbito de la contratación pública, han ido siendo incorporadas como sujeto diferenciado en la configuración de los ámbitos de aplicación de las diferentes normativas que afectan al quehacer público, considerándolas como una Administración pública más, de la misma forma que lo hace la LCSP. Así, por ejemplo, en lo referente a los recursos humanos a su servicio, el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido

¹⁹ En el caso de las entidades mencionadas en los apartados 4 y 5 del artículo 3, se trata de la nueva incorporación de estas tipologías al ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP, tal como se explica en el preámbulo del texto: “Por lo que respecta al contenido, tomando como referencia las Directivas europeas y los principios que han guiado la elaboración de esta Ley, las principales novedades que presenta afectan, en primer lugar, a su ámbito de aplicación, dentro del cual se ha extendido el ámbito subjetivo, con la idea de aplicar estas normas a entidades no sujetas”.

de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en su artículo 2 expone que el estatuto se aplica a las Administraciones públicas, en cuya lista incluye las universidades públicas. En el mismo sentido, se extrae también la consideración de Administración pública de la legislación vigente sobre el patrimonio de las universidades.²⁰

En cambio, en las leyes básicas de funcionamiento de los entes públicos, esto es, la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, al contrario del criterio expuesto en la LCSP y las demás normas mencionadas, se excluye explícitamente a las universidades públicas de la condición de Administración pública. Esta decisión ha generado cierta controversia y hasta cierto punto una crisis de identidad, cuando menos desde el punto de vista de los gestores universitarios, por el desconcierto generado por esta exclusión que se aparta del criterio expuesto en el resto de la legislación y, sobre todo, por la falta de una explicación por parte del legislador, o de una motivación clara del porqué de esta decisión. El tema ha sido objeto de estudio en diversas publicaciones a partir de la entrada en vigor de las mencionadas leyes (39 y 40 del 2015), y en todas se ha obtenido una conclusión parecida, aunque ciertamente por caminos distintos en cada caso, en el sentido de que las universidades públicas deben *comportarse* en todos los casos como Administración pública, aunque la legislación básica administrativa les niegue esta condición.²¹

De otra forma, las universidades podrían dudar de su capacidad para aplicar prerrogativas y disposiciones que las leyes básicas administrativas reservan ahora de forma explícita a las Administraciones públicas. Por no extenderme, un solo ejemplo: cuando la LCSP remite en el artículo 39 a las causas de nulidad de derecho administrativo que aparecen en el artículo 47 de la Ley 39/2015, vemos que este artículo trata de los actos “de las administraciones públicas”, entre las cuales esta ley no cuenta a las universidades. Si nos atenemos al redactado literal, este artículo, como tantos otros, no sería de aplicación a unas entidades que no son consideradas Administraciones públicas. Ciertamente, las leyes 39 y 40 del 2015 son de aplicación supletoria a las universidades, pero su redactado, con referencias explícitas continuadas a las Administraciones públicas, unido a la exclusión de las universidades de esta categoría, provoca un claro y, a mi juicio, molesto desajuste.

Si realmente en la normativa de procedimiento y régimen jurídico, y por algún motivo que no acierto a discernir, se las ha de privar de la condición de Administración pública, debería haberse especificado el ámbito o ámbitos de esta exclusión y su alcance concreto. Hacer que las dos leyes las priven totalmente de esta condición genera, como he intentado ejemplificar, una buena cantidad de problemas potenciales, el primero de ellos de congruencia con el resto de las normas que sí consideran a las universidades Administraciones públicas. Si, como es evidente, las universidades han de disponer de las potestades, regulaciones y garantías previstas para las Administraciones públicas, pero no pudieran aplicar las previstas por la legislación básica, la alternativa sería una normativa básica administrativa propia para las universidades, solución del todo impensable desde muchos puntos de vista: baste decir que la Constitución prevé un tratamiento común para los administrados que debe ser observado por la totalidad de los entes públicos. Por tanto, y mientras su redactado no cambie, las universidades deberán continuar aplicando las leyes 39 y 40, simulando que las atribuciones que el texto guarda exclusivas para las Administraciones públicas también les son de aplicación.

4 Las particularidades de la configuración de las mesas de contratación en las universidades

La estructura orgánica de la contratación en las universidades públicas no presenta excesiva complejidad; el órgano competente para contratar en las universidades es el rector, tal como ya se establecía a partir del artículo 51 del TRLCSP y del artículo 20.1 de la LOU, y así se recoge igualmente en las respectivas leyes autonómicas y en los estatutos de las universidades. En la actual LCSP, la competencia para contratar se especifica en el artículo 61, que no presenta variaciones de importancia respecto a la norma anterior.

20 La lectura combinada del artículo 80 de la LOU y el artículo 4 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003 da como resultado la condición, desde el punto de vista patrimonial, de Administración pública de las universidades: efectivamente, las universidades disponen de autonomía sobre sus bienes (art. 2.2 LOU); estos consisten, además de otros, en bienes tanto de dominio público como de patrimoniales (art. 80 LOU); y, finalmente, los bienes de las Administraciones públicas son o bien de dominio público o patrimoniales (art. 4 LPAP) y no se prevén otras tipologías de entes que puedan poseer bienes de los aquí sometidos a protección (Lladó, 2017).

21 Entre otros, los artículos de Amoedo-Souto, 2017; Lladó, 2017; Tornos, 2017.

Continúa vigente la posibilidad de delegar o desconcentrar las competencias de forma genérica (art. 61.2) y se introduce la posibilidad de hacerlo de forma concreta a favor de las mesas de Contratación (art. 326.7), como veremos más adelante. Se mantiene la figura del responsable del contrato, que puede ser tanto una persona física como jurídica y puede estar o no vinculada a la universidad. La novedad introducida en este sentido por la LCSP para las concesiones de obra pública y de servicios (art. 62.3) consiste en la obligación de que la Administración (la universidad en nuestro caso) designe a “una persona” que actúe en defensa del interés general, para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario.

La constitución de juntas de contratación como órganos de contratación en las universidades ha sido, aunque posible, muy inhabitual.²² Probablemente debido, por un lado, a la propia estructura universitaria, cuya inercia tiende a mantener centralizados los poderes decisorios en el rector; y, por otro lado, también al carácter potestativo de estos órganos, carácter que se mantiene en la regulación actual de la LCSP, donde queda, además, restringido a los órganos de contratación estatales (art. 323) y locales (disposición adicional segunda). Por tanto, la ya poco utilizada posibilidad de constitución de estas juntas va a desaparecer por completo con la entrada en vigor de la LCSP, y continuará el rector como poder adjudicador universitario, siempre habilitado para delegar o desconcentrar sus competencias.

Más cambios se presentan alrededor de las mesas de contratación, que mantienen su carácter de órganos de asistencia a los de contratación. La composición de este órgano, por lo que a sus miembros se refiere, ha sido notablemente variable, no solo en función de las diversas tipologías de contrato, sino también para contratos del mismo tipo en diferentes universidades. En general, las mesas se componen de una mayoría de técnicos, con presencia al mismo tiempo de cargos electos universitarios y de personal eventual. Así, sin ánimo de exhaustividad y con solo hojear algunos expedientes de contratación, encontramos ejemplos muy variados de tipologías de miembros de mesas de contratación durante la vigencia del TRLCSP, como los siguientes:²³

- Como presidentes de la mesa: rector (también referido como Rectorado), vicerrectores, gerente, vicegerentes, adjunto a gerencia.

- En calidad de vocales: vicerrectores, presidente del Consejo Social, miembro del Consejo Social, gerente, vicegerentes, secretario general, vicesecretario general, interventor, asesor jurídico, letrado, jefe del Servicio de Contratación, jefe del Servicio de Patrimonio, técnico de contratación, o “cuatro miembros nombrados por el órgano de contratación”.

- Como secretario de la mesa: “un funcionario”, jefe de la Sección de Contratación, funcionario del Servicio de Patrimonio, técnico de contratación, funcionario de contratación, vicegerente.

Con el redactado de la nueva LCSP, la composición de las mesas de contratación como se ha concebido hasta ahora va a experimentar una notable variación, encaminada a fortalecer los objetivos ya mencionados de la contratación en los que las directivas inciden con mayor intensidad, esto es, por un lado, la lucha contra la corrupción y la prevención de los conflictos de intereses, y, por otro, el incremento de la profesionalización, especialmente en los órganos de asistencia técnica.²⁴ Así, estos objetivos se llevan a la práctica prohibiendo de manera explícita la presencia de cargos electos en las mesas de contratación, así como la de personal

22 Prevista en la Universidad Complutense de Madrid, por resolución del 2003, como órgano adscrito a la gerencia y de composición totalmente técnica, presidida por un vicegerente y con vocales adscritos a los servicios de contratación, obras, asesoría jurídica y servicio fiscal. Resolución rectoral de 30 de abril de 2004, por la que se regula la composición y funcionamiento de la junta de contratación y la mesa de contratación de la Universidad Complutense de Madrid: <https://bouc.ucm.es/pdf/22.pdf>.

23 Ejemplos extraídos de expedientes de contratación de tipos diversos de las universidades de Málaga, Córdoba, Girona, Politécnica de Valencia, Alcalá de Henares, A Coruña, Illes Balears y Salamanca.

24 Objetivos que, como se ha dicho, se recogen de forma genérica en el preámbulo y se explicitan posteriormente en el texto, cuando en el artículo 64.2 se alude a la prevención de los conflictos de intereses, que puede consistir en “cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación”. Es muy importante el uso de la expresión “pudiera parecer que compromete”; en este sentido, el de garantizar un análisis de las licitaciones lo más científico y aséptico posible, se dirigen los cambios en la composición de las mesas de contratación, el de garantizar la estricta profesionalidad de sus miembros, alejando al mismo tiempo los posibles intereses de representantes de raíz política. Esta voluntad estratégica de profesionalización se recoge también de forma explícita en el artículo de la LCSP dedicado a la Estrategia Nacional de Contratación Pública, 334.2.b: Incrementar la profesionalización de los agentes públicos que participan en los procesos de contratación”.

eventual, tal como se estipula en el artículo 326.5: “En ningún caso podrán formar parte de las Mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos representativos ni el personal eventual”. Por supuesto, hay que hacer una distinción entre estas dos categorías introducidas en este artículo, “cargos públicos representativos” y “personal eventual”, que incorporan matices propios y diferenciadores para cada una de ellas. Por un lado, la prohibición relativa al personal eventual presenta pocas dudas, aunque sí que merece alguna reflexión que le dedicaremos más adelante; se trata de una figura con unas características paralelas en todas las Administraciones, que puede ser nombrada y cesada de forma libre y que está, por tanto, directa y personalmente vinculada a la decisión política del cargo electo. Con la LCSP, la nueva regulación impedirá que algunos de los cargos previamente mencionados, que acostumbran a formar parte de las mesas de contratación universitarias, puedan seguir formando parte de ellas, ni tampoco emitir informes de valoración de las ofertas. Suelen ser cargos de designación eventual en las universidades, por poner solo algunos ejemplos, el secretario del Consejo Social, los vicerrectores o los adjuntos a gerencia, cargos que, como hemos visto, aparecen en diversas configuraciones de mesas de contratación de universidades y que no podrán continuar haciéndolo.

La segunda categoría de exclusión hace referencia a los cargos públicos representativos, categoría que en el ámbito de las universidades públicas presenta algunas aristas que es necesario comentar e intentar esclarecer. En primer lugar, para delimitar el alcance de los que son considerados “cargos públicos representativos” y si este se extiende a los cargos universitarios que, como hemos visto, son designados miembros de las mesas de contratación, si no en todos los casos, con considerable frecuencia. Sobre este alcance y en concreto para lo que interesa desde el punto de vista universitario, sobre si el concepto de cargo público representativo incluye a los cargos electos de las universidades públicas, la STC 192/2012, de 29 de octubre, entra precisamente a clarificar este extremo, de forma concreta sobre la figura del rector. Así, en el FJ3, y remitiéndose a la anterior STC 23/1984, de 20 de febrero, la sentencia deja bien claro que, aunque el de rector sea un cargo que es público y de tipo representativo, al no ser la universidad un ente territorial ni ser la representatividad que entraña su cargo de naturaleza política, no le corresponde la consideración constitucional de cargo público tal como aparece en el artículo 23.2 de la CE, que queda, en cambio, ceñida a “los cargos electivos de representación genuinamente política de los entes territoriales, estos es, los que corresponden al Estado y a los entes en que se organiza territorialmente de acuerdo con el art. 137 CE”. De esta forma, “el derecho de acceso a los cargos públicos de representación política cobra su auténtico sentido al asociarse al derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”. Por tanto, la figura del rector y, por extensión, los vicerrectores de las universidades no quedan incluidos en el concepto de “cargos públicos representativos” que la LCSP excluye de las mesas de contratación.

Sin embargo, y aun no quedando expresamente excluidos de participar en las mesas, considero que una lectura acorde con el espíritu de la norma aconsejaría abstenerse a los rectores y vicerrectores de participar en ellas, dada la configuración de este órgano como de asistencia exclusivamente técnica. Tal como dice Gimeno (2017b), la mesa de contratación “se define como órgano de asistencia técnica especializada (lo que supone que no puede tener componente político en las personas que se designan, tal y como advirtiera el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos en su Acuerdo 45/2013, de 7 de agosto)”²⁵. Aunque, como se ha expuesto, ni el rector ni los vicerrectores tienen el componente político al que se hace referencia, también es cierto que no poseen los conocimientos técnicos que dan sentido a la existencia de las mesas de contratación. Por otro lado, ¿qué sentido tiene que el órgano competente para la resolución participe en el órgano técnico que ha de asistirlo en su decisión? Además de no poseer, cuando menos, no necesariamente, conocimientos técnicos que hayan de ser de utilidad para las funciones de la mesa, la presencia de órganos del gobierno universitario (rector o, puesto que ejercen competencias por delegación de este, vicerrectores) equivale a colocar en el equipo instructor de un procedimiento a quien toma la decisión final. Aun cuando formalmente esto es posible, le resta a la mesa de contratación buena parte de su razón de ser y debilita la imparcialidad técnica de la que la norma ha pretendido claramente reforzar.

25 Acuerdo 43/2013, de 7 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón: “La Mesa de contratación es un órgano colegiado de carácter técnico, establecido legalmente al objeto de auxiliar al órgano de contratación en la adjudicación del contrato. Debido a su carácter técnico, sus funciones legal y reglamentariamente se circunscriben a llevar a cabo las actuaciones precisas para ayudar a que el órgano de contratación forme su voluntad en cuanto a la adjudicación del contrato, entre ellas la valoración de las propuestas”.

En cuanto al personal eventual, ya he comentado que el redactado no deja lugar a dudas en la prohibición de su participación en las mesas. Como también se ha mencionado, esta exclusión va en la línea de profundizar en la profesionalización de las mesas y de sus componentes, y al mismo tiempo de evitar los posibles conflictos de intereses que podrían derivarse de la adscripción política, tanto del cargo eventual como del cargo político al que debe su nombramiento. Creo que es asumible especular que el redactado tiene en su punto de mira la naturaleza de los cargos públicos representativos y del personal eventual tal como existen en las Administraciones públicas territoriales, esto es, unos cargos públicos como se describen en la mencionada STC 192/2012, emanados respectivamente de elecciones periódicas por sufragio universal, y de la decisión de estos representantes políticos (en el sentido estricto de pertenencia a partidos políticos) de nombrar a determinado personal eventual de su confianza.

En la universidad, en cambio, son los responsables de la institución (el rector, a propuesta en su caso de un vicerrector, gerente o cargo académico) quienes ostentan la potestad del nombramiento del personal eventual. Y ya hemos descartado a los rectores, y por extensión al resto de los cargos electos universitarios, de la categoría de *cargo público representativo* que la LCSP excluye de las mesas. A raíz de esto, la reflexión que considero pertinente respecto al personal eventual nombrado por los responsables universitarios, es la de preguntarse por qué ellos han de ser excluidos de las mesas cuando los responsables de su nombramiento no lo son, cuando menos a partir del razonamiento basado en la doctrina del Tribunal Constitucional que se ha expresado en estas páginas. Probablemente, continuando con la reflexión, no se ha entrado a considerar las especificidades de las universidades públicas, que, una vez más, se ven obligadas a buscar su acomodo, a menudo con notables dificultades, dentro de una normativa general diseñada para las Administraciones territoriales.

Finalmente, en referencia a la prohibición de formar parte de las mesas, de entre los miembros del Consejo Social quedan claramente excluidos aquellos con vinculación contractual como personal eventual de la universidad; circunstancia que suele darse en la figura de su secretario. En cuando al presidente y a los miembros, les es de aplicación la doctrina constitucional anteriormente citada por cuanto, aunque el presidente es nombrado por el respectivo Gobierno autonómico y los miembros lo son por la propia universidad y por los diversos sectores de la sociedad, ni uno ni otros tienen la consideración de cargos públicos representativos. No pueden, por tanto, ser excluidos de la posibilidad de formar parte de las mesas de contratación, siendo, por otra parte, igualmente aplicables las consideraciones expresadas para rector y vicerrectores, en referencia al poco sentido de su participación en un órgano de configuración y funciones eminentemente técnicas.

En lo concerniente a las funciones de las mesas de contratación, en el TRLCSP únicamente se establecía que “será el órgano competente para la valoración de las ofertas”, mientras que la LCSP pormenoriza con detalle cuáles han de ser sus cometidos:

- a) La calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141, y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento, previo trámite de subsanación.
- b) La valoración de las proposiciones de los licitadores.
- c) En su caso, la propuesta sobre la calificación de una oferta como anormalmente baja, previa tramitación del procedimiento a que se refiere el artículo 149 de la presente ley.
- d) La propuesta al órgano de contratación de adjudicación del contrato a favor del licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, según proceda de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas particulares que rijan la licitación.
- e) En el procedimiento restringido, en el diálogo competitivo, en el de licitación con negociación y en el de asociación para la innovación, la selección de los candidatos cuando así se delegue por el órgano de contratación, haciéndolo constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Además, en el punto 7 del mismo artículo 326 se prevé que, tanto en las leyes de las comunidades autónomas como en la legislación de desarrollo, se podrán atribuir a las mesas de contratación las competencias relativas a la adjudicación que la LCSP atribuye al órgano de contratación, en concordancia con lo previsto en el

artículo 61.2.²⁶ En resumen, las mesas experimentan, con la nueva LCSP, una notable concreción de su papel como órganos de carácter exclusivamente técnico, a la par que se detallan de forma más exhaustiva sus funciones, que pueden, además, expandirse hasta incluir el ejercicio de la potestad de adjudicación de los contratos, si se da el caso de la delegación de estas funciones por el órgano competente.

5 El nuevo procedimiento de asociación para la innovación, sus finalidades y su aplicabilidad por las universidades públicas

El procedimiento de asociación para la innovación es, además de nuevo, muy amplio en los ámbitos de contratación que potencialmente puede cubrir, no solo porque será de aplicación en cualquier sector de actividad, sino porque es un procedimiento por el cual se podrán ejecutar o adquirir tanto obras como servicios o suministros. No es, por descontado, el primer sistema de compra de productos innovadores por la Administración, pero sí que presenta características que lo diferencian de modalidades preexistentes como la compra pública precomercial, que, por otra parte, se rige por su propia regulación y está excluida de la regulación de la contratación pública (Bernal y Gimeno, 2015). El procedimiento de asociación para la innovación está regulado por la Directiva 2014/24/UE en su artículo 31 y desarrollado en el libro segundo de la LCSP, artículos 177-182, como uno de los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones públicas.

El concepto central alrededor del cual gira este nuevo procedimiento de adjudicación es claramente el de la innovación. Tanto es así que, sin tener un proyecto concreto de innovación, no puede iniciarse el procedimiento: ya la Directiva 2014/24/UE, en su considerando 49, indica que este modo de adjudicación se iniciará “en relación con el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores”; y en el texto del artículo 31 dedicado a este procedimiento especifica que el poder adjudicador deberá determinar cuál es “la necesidad de un producto, servicio u obra innovadores que no puede ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado”. De esta forma, el concepto de innovación se define con relación al proceso de creación de aquellos productos, obras o servicios que el poder adjudicador ha identificado como necesarios y que no existen en el mercado en el momento de plantear el procedimiento de adjudicación. Siendo esta una exigencia indispensable, si el producto o servicio ya se encuentra en el mercado, este podrá y deberá ser adquirido mediante la forma de contratación correspondiente de entre las previstas en la LCSP, y no vía asociación para la innovación.

Para la Administración adjudicadora, este planteamiento implica dos requisitos que deben cumplirse de forma previa; en primer lugar, la detección de una necesidad que necesita ser atendida. Desde el punto de vista de las universidades públicas, la propia actividad de investigación que se desarrolla en sus departamentos, institutos y grupos de investigación propicia de forma habitual la detección y la creación de nuevas necesidades, unas veces derivadas de los logros de investigaciones previas, y otras veces bajo la forma de instrumentos imprescindibles para la continuación de proyectos en curso. La universidad, de la misma forma que los centros de investigación y a diferencia del resto de las Administraciones públicas, cuenta, entre los objetivos derivados del servicio público que presta, el avance en el conocimiento y la creación de nuevos productos, obras o servicios a partir de su labor investigadora. La innovación es parte integrante de las universidades, e inherente a ellas, y objetivo de su actividad;²⁷ siendo la investigación derecho y deber del profesorado

26 LCSP, artículo. 61.2: “Los órganos de contratación podrán delegar o desconcentrar sus competencias y facultades en esta materia con cumplimiento de las normas y formalidades aplicables en cada caso para la delegación o desconcentración de competencias, en el caso de que se trate de órganos administrativos, o para el otorgamiento de poderes, cuando se trate de órganos societarios o de una fundación”.

27 Así aparece en la configuración normativa de la institución universitaria: en la LOU, artículo 1: “realiza el servicio público de la educación superior mediante la investigación, la docencia y el estudio”. A la investigación, la LOU le dedica el título VII, en el que destaca el artículo 41 dedicado al fomento de la investigación, del desarrollo científico y de la innovación tecnológica en la universidad, que en su apartado 1 dispone: “La universidad desarrollará una investigación de calidad y una gestión eficaz de la transferencia del conocimiento y la tecnología, con los objetivos de contribuir al avance del conocimiento y del desarrollo tecnológico, la innovación y la competitividad de las empresas, la mejora de la calidad de vida de la ciudadanía, el progreso económico y social y un desarrollo responsable equitativo y sostenible, así como garantizar el fomento y la consecución de la igualdad”. En el apartado 2 del mismo artículo se especifican las competencias sobre el fomento de la investigación, que se comparten entre el Estado, las comunidades autónomas y las propias universidades a través de sus programas propios. Los objetivos de este fomento incluyen previsiones para cuyo desarrollo el procedimiento de asociación para la innovación puede ser un instrumento valioso, la cooperación con otros centros

universitario, de la misma forma que lo es para la universidad el fomento de la investigación, del desarrollo científico y de la innovación tecnológica (LOU, arts. 40 y 41).

Como consecuencia del desarrollo de estas actividades de investigación, la necesidad de nuevos productos aparece a menudo y en formas diversas, bien sea para llevar a la práctica descubrimientos o propuestas diseñadas a nivel teórico, o bien como instrumentos necesarios para continuar una línea de investigación determinada. En algunos casos, estas necesidades podrán ser cubiertas mediante productos ya existentes en el mercado, o bien podrán ser aportadas o cubiertas por los propios grupos de investigación. Cuando, por el contrario, la necesidad detectada no pueda ser obtenida en el mercado o por los propios medios de la institución, la universidad puede actuar como poder adjudicador e iniciar un procedimiento de asociación para la innovación.

El segundo requisito previo a la iniciación del procedimiento tiene como objeto la clara identificación y posterior definición de las funciones que deberá cubrir el producto, servicio u obra. El grupo de investigación (o bien centro, instituto o investigador individual) que ha detectado la necesidad continúa teniendo el máximo protagonismo: ha identificado una necesidad directamente relacionada con su campo de experiencia o, cuando menos, conoce con precisión cuáles son las funciones que se van a requerir de ese producto, necesario para la continuación o la mejora de su labor de investigación. Nadie mejor, por tanto, para definir las especificaciones técnicas y funcionales que se desean cubrir y para comprobar que, en primer lugar, no puede solucionar o cubrir la necesidad por sus propios medios y para, en segundo lugar, realizar un análisis del mercado destinado a comprobar que, efectivamente, los productos, obras o servicios necesarios no se encuentran disponibles comercialmente. En este sentido, el artículo 115 de la LCSP facilita la realización de consultas preliminares al mercado, siendo una de las finalidades previstas para estas consultas la realización de estudios de mercado. Si se considera necesario, podrá dirigirse en este caso el estudio a la comprobación de la no existencia del producto, pudiendo incluso acudir, si es necesario, al asesoramiento de terceros, que pueden ser “expertos, autoridades independientes, colegios profesionales, o, incluso, con carácter excepcional operadores económicos activos en el mercado”. Hay que recalcar una vez más que, para que se den las condiciones necesarias para iniciar un procedimiento de asociación para la innovación, la Administración adjudicadora, en nuestro caso la universidad a través de uno de sus órganos, identifica una necesidad y sale al mercado para cubrirla; una vez comprobado que el producto necesario no existe, este podrá ser creado a partir de la asociación para la innovación.

El grupo o agente de investigación universitario que ha detectado la necesidad, una vez comprobada la no disponibilidad del producto, deberá perfilar con el máximo detalle qué especificaciones, especialmente desde el punto de vista funcional, se van a requerir del producto final. Es de la mayor importancia en este tipo de procedimiento, en el cual los agentes interesados en participar no podrán tener indicaciones de lo que se les pide a partir de productos o servicios ya existentes, que se detalle con precisión cuáles son las funciones, resultados y prestaciones que se espera obtener a partir de su innovación. De esta forma podrán, en primer lugar, presentar propuestas concretas y ajustadas a las necesidades expresadas por el organismo adjudicador y, en segundo lugar y no menos importante, el procedimiento se dotará de unas instrucciones claras y específicas que contribuirán a la necesaria seguridad jurídica del proceso para todos los agentes participantes. Asimismo, dada la complejidad y falta de referentes que necesariamente acompañan a un procedimiento de innovación, puede resultar también aconsejable utilizar el mecanismo de consultas preliminares al mercado del mencionado artículo 115, esta vez para, tal como se establece en el mismo, “preparar correctamente la licitación e informar a los citados operadores económicos acerca de sus planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al procedimiento”.

de investigación y, en especial, con el sector privado, como se recoge en el apartado f): “La coordinación de la investigación entre diversas Universidades y centros de investigación, así como la creación de centros o estructuras mixtas entre las Universidades y otros Organismos públicos y privados de investigación, y, en su caso, empresas”, y en el apartado g), que preveía en el momento de su redacción la posibilidad de creación de empresas de base tecnológica, pero que recoge igualmente la idea de colaboración para la innovación entre las universidades como institución pública y el sector privado, que es uno de los pilares constitutivos del procedimiento de asociación para la innovación: “La vinculación entre la investigación universitaria y el sistema productivo, como vía para articular la transferencia de los conocimientos generados y la presencia de la universidad en el proceso de innovación del sistema productivo y de las empresas, prestando especial atención a la vinculación con el sistema productivo de su entorno”.

El documento en que debe concretarse el contenido de las mencionadas instrucciones y especificaciones es el correspondiente a los pliegos de cláusulas administrativas, donde se deberán especificar no solo las funciones, objetivos o rendimientos que se persiguen con la innovación, sino que se deberán observar al mismo tiempo algunos criterios de buenas prácticas en su elaboración, en aplicación de las disposiciones y principios tanto de la LCSP como de la Directiva europea de contratación.²⁸ En este sentido, la Guía 2.0 para la compra pública de innovación del Ministerio de Economía y Competitividad (Bernal y Gimeno, 2015) propone un esquema que recoge los pasos y variables que deberían observarse a la hora de redactar las especificaciones funcionales que se incluirán en el correspondiente pliego.²⁹

Como ya se ha mencionado, la detección de la necesidad de innovación en las universidades nacerá, no exclusivamente pero sí en la mayoría de los casos, de la actividad de los grupos de investigación de la propia institución. Serán estos grupos, o el órgano funcional al que estén adscritos, quienes propondrán a la universidad, y concretamente al rector como poder adjudicador (o a quien este haya delegado esta función, en aplicación del ya mencionado artículo 61.2 de la LCSP), la iniciación de un procedimiento de asociación para la innovación que lleve a la contratación necesaria para el desarrollo y elaboración del correspondiente suministro, obra o servicio. Naturalmente, la decisión de iniciar o no el procedimiento corresponde al órgano de contratación, que valorará la conveniencia y oportunidad de la propuesta.

En principio, y dada la condición de expertos en las respectivas áreas de conocimiento de los investigadores universitarios, la identificación de determinadas necesidades para la investigación será difícilmente rebatible desde un punto de vista científico. Este aspecto, unido al hecho ya apuntado de que las funciones básicas de la universidad incluyen la investigación y la innovación, parece propiciar un camino expedito para que las universidades hagan uso del procedimiento de asociación para la innovación como mecanismo de obtención de materiales, productos u otro tipo de servicios que sean necesarios para facilitar a sus investigadores la consecución de los objetivos institucionales de la universidad. Sin embargo, la posibilidad de acudir a la contratación pública para obtener los productos necesarios no es nueva, ni nace en absoluto con el concepto de la asociación para la innovación, que, como ya se ha señalado, es simplemente un nuevo procedimiento de contratación pública. El mayor obstáculo para acudir al mercado o, como ocurre en el procedimiento aquí estudiado, diseñar y encargar la producción de un producto necesario, sigue siendo para cualquier Administración pública la financiación, muy especialmente en el caso de las universidades públicas que han visto precarizadas sus capacidades en este sentido durante los últimos años.³⁰

Es aquí donde puede jugar un papel determinante la posibilidad, que presenta el procedimiento de asociación para la innovación, de recuperar los recursos destinados a la contratación. Hay que señalar, en primer lugar, que este procedimiento implica la formulación de uno o varios contratos durante la fase de investigación y desarrollo, y normalmente de un contrato en la fase de ejecución de las obras, servicios o suministros que han surgido producto de la fase anterior. Esto implica que el órgano adjudicador deberá pagar las cantidades acordadas en los contratos de la primera fase, y deberá comprar los suministros, servicios u obras resultantes; siendo la suma de todo ello la inversión total que habrá de ser soportada por la universidad. Sin embargo, y esta es la posible vía de recuperación de la inversión, tanto los derechos de propiedad intelectual como los de comercialización de los productos resultantes pueden proporcionar un retorno económico a la institución. Estos derechos, siempre y cuando las condiciones hayan sido reflejadas de forma clara e inequívoca en los correspondientes pliegos, pueden repartirse entre el adjudicatario del contrato y la propia institución, de

28 La *Guía 2.0 para la compra pública de innovación* (Bernal y Gimeno, 2015), publicada por el Ministerio de Economía y Competitividad, propone algunos criterios a la hora de elaborar las especificaciones técnicas funcionales: que sean comprensibles y comparables, que garanticen la neutralidad entre los posibles licitadores y que se exija a los interesados una prueba adecuada que demuestre su solvencia técnica para optar a la construcción de la solución innovadora deseada.

29 1) Conocimiento de la estructura organizativa de la entidad contratante y de sus necesidades de compra. 2) Análisis funcional de las necesidades de la entidad contratante. 3) Plasmación de las especificaciones funcionales (o expresión funcional de las necesidades).

30 Entre tantos estudios que así lo evidencian, citar el de Hernández y Pérez (2016): “La producción científica de las universidades españolas mantiene su dinámica de crecimiento e incrementa su nivel de excelencia, a pesar de la reducción de la financiación” (p. 102); “La actividad de transferencia de conocimiento y de innovación es uno de los problemas centrales de la economía española y, en consecuencia, de los resultados de las universidades” (p. 112); “Las universidades públicas mantienen un elevado nivel de pago, a pesar de la caída registrada en el cobro de sus derechos presupuestarios” (p. 122).

forma que la universidad pueda participar de parte de los beneficios obtenidos de la posible comercialización de los productos finales obtenidos.

Esta posibilidad de repartir beneficios y riesgos³¹ en la asociación para la innovación ha sido estudiada por (Tardío, 2016), quien concluye que la compartición de beneficios y riesgos, así como la de los derechos de propiedad intelectual e industrial, resultan en general incentivadoras para la actividad de investigación, tanto desde el punto de vista de los empresarios como de la Administración contratante. Para ello, se deberá incluir, en la cláusula correspondiente, la compartición de derechos para los casos en los que el contrato se quede en una fase de la investigación y desarrollo sin adquisición del resultado, porque no se han alcanzado los objetivos fijados o no se han superado los costes máximos contemplados, mientras que el reparto de beneficios y riesgos debería preverse por separado para la fase de adquisición de resultados, en su caso, por cumplirse las condiciones para ello y supeditada a tal circunstancia. Sea cual sea la fórmula empleada, lo importante es que el poder adjudicador universitario dispone de un incentivo o, cuando menos, una posible vía para paliar el coste económico inicial, que lo puede llevar a considerar con mayor predisposición la iniciación de este procedimiento de contratación como instrumento para la consecución de las finalidades institucionales de investigación e innovación.

Desde el punto de vista de cada universidad, la consideración de apostar o no por este procedimiento de contratación estará condicionada por múltiples factores. Puede utilizarse como un recurso coyuntural, para una necesidad puntual que se considere adecuado atender por esta vía, o bien puede enfocarse como parte de la estrategia institucional de innovación, dedicando una partida presupuestaria a la previsión de procedimientos de asociación para la innovación. Es necesario tener en consideración que, como ya se ha dicho, la innovación es un objetivo en sí misma para las universidades y que, desde el punto de vista de las estrategias agregadas, uno de los objetivos que se persigue desde la aprobación de la modificación de la LOU en el 2007 es el incremento y la mejora de la colaboración entre universidades, centros públicos y privados de investigación y empresas, así como de la coordinación de la investigación que en todos ellos se realiza (Cueto, 2009). En el mismo sentido, no hay que perder de vista que la innovación es un pilar estratégico proclamado tanto en el ámbito estatal (Bernal y Gimeno, 2015) como europeo, tal como se recoge en el considerando 47 de la Directiva 2014/24/UE:

La investigación y la innovación, incluidas la innovación ecológica y la innovación social, se encuentran entre los principales motores del crecimiento futuro y ocupan un lugar central de la Estrategia Europa 2020. Los poderes públicos deben hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación. La adquisición de bienes, obras y servicios innovadores desempeña un papel clave en la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios públicos, al mismo tiempo que responde a desafíos fundamentales para la sociedad. Contribuye a obtener la mejor relación calidad-precio en las inversiones públicas, así como amplias ventajas económicas, medioambientales y sociales, al generar nuevas ideas, plasmarlas en productos y servicios innovadores y, de este modo, fomentar un crecimiento económico sostenible.

5.1 Características y fases del procedimiento

La asociación para la innovación es un procedimiento complejo, los resultados del cual no se van a obtener a corto plazo. En lo referente al tiempo, se asemeja más a un proyecto de investigación, tan habitual en las universidades, en que, antes de empezar, se definen los objetivos y, una vez el proyecto ha obtenido la financiación necesaria, se desarrolla el objeto de la investigación durante meses y, más a menudo, años. Obviamente, este es un procedimiento de contratación pública y, por tanto, se encuentra jurídica y procedimentalmente en otra categoría; sin embargo, como sistema novedoso que es, incorpora tanto elementos de otras formas de adjudicación de contratos como características propias de la actividad investigadora. El propio procedimiento supone una innovación en sí mismo.

Formalmente, la asociación para la innovación se define como un procedimiento de adjudicación de contratos, y su desarrollo se encuentra concretado entre los artículos 177 y 182 de la LCSP. Se despliega por fases, una primera en la cual se contrata a una o varias empresas para llevar a término la investigación y desarrollo de los nuevos productos o servicios, dentro de la cual se podrán establecer distintas etapas. En la segunda

31 En particular sobre el riesgo operacional en la nueva LCSP, ver el trabajo de Huelgo (2017).

fase se adjudica el contrato correspondiente a la producción material de la innovación conseguida en la fase anterior. La forma de adjudicación de los contratos incorpora características parecidas a los procedimientos negociados y de diálogo competitivo. Debido a su contenido altamente especializado y técnico, tiene una especial importancia la planificación, el régimen de gestión del contrato y el seguimiento de su ejecución. Por ello es imprescindible contar con personal altamente cualificado en la materia de que se trate, y es de la misma forma necesario trasladar las especificaciones y requerimientos con el mayor detalle y claridad posibles a los pliegos.

Una vez el poder adjudicador toma la decisión de iniciarlo, tras las preparaciones previas y las ya comentadas posibles consultas y estudios preliminares del mercado, el procedimiento se inicia con la convocatoria de licitación, que habrá de ser publicada conforme a lo previsto en el artículo 135, y respetando los plazos mínimos establecidos en el artículo 178.2 para la recepción de las solicitudes de participación, esto es, treinta días desde el envío del anuncio de licitación para aquellos contratos sujetos a regulación armonizada y un mínimo de veinte días desde la publicación del anuncio en el perfil del contratante, para aquellos contratos que no lo estén.

En los pliegos de cláusulas administrativas particulares habrá de figurar necesariamente el detalle de la necesidad del producto, obra o servicio que va a ser objeto de la contratación, así como la constatación de su no existencia en el mercado. Deberán describirse los requisitos que habrán de cumplir los licitadores, y, al mismo tiempo, la información que se incluya sobre el proyecto habrá de ser precisa, de forma que los posibles participantes tengan todos los elementos necesarios para entender y valorar su participación en la licitación. Por otra parte, deberán exponerse también en los pliegos las condiciones que regirán sobre los derechos de propiedad intelectual e industrial. Como se ha explicado anteriormente, los derechos pueden constituir una de las partes fundamentales del marco económico de este tipo de contratación, y su configuración debe quedar resuelta de forma inequívoca ya desde la publicación de los pliegos de cláusulas (art. 177.1).

Los empresarios interesados en licitar podrán entonces presentar una solicitud de participación. En ella informarán del cumplimiento de las condiciones de solvencia que se hayan exigido (art. 178.1). A partir de las solicitudes recibidas, la mesa de contratación procederá a la selección de candidatos, a los cuales posteriormente invitará a presentar sus proyectos de investigación e innovación. Para la selección de los candidatos, el artículo 178.3, en consonancia con el 31.6 de la Directiva 2014/24/UE, especifica que deben aplicarse, en particular, “criterios objetivos de solvencia relativos a la capacidad de los candidatos en los ámbitos de la investigación y del desarrollo, así como en la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras”. Por tanto, la selección debe llevarse a cabo bajo criterios mayoritariamente técnicos y objetivos.

En determinadas situaciones, podría surgir la idea de solicitar la participación en el proyecto del propio grupo de investigación universitario del cual parte la necesidad de innovación: es posible que el desarrollo del producto que se precisa se encuentre dentro de su área de conocimiento, sea en su totalidad o bien para alguna de las posibles fases de su desarrollo. El investigador o grupo en la actividad del cual se gesta la necesidad que se está proponiendo contratar ha de ser quien redacte las especificaciones del proyecto y debería participar, como veremos más adelante, en la mesa de contratación en calidad de experto a la hora de seleccionar a los contratistas y realizar las tareas de seguimiento del desarrollo de las fases de la investigación y de la posterior producción. Estas atribuciones, necesarias por su papel de máximo conocedor técnico y científico del proyecto, hacen que sea imposible su participación en él como contratista, en primer lugar, por el obvio conflicto de intereses que plantearía participar en un concurso como órgano adjudicador y como solicitante, y más aún cuando en la presente LCSP se consideran objetivos irrenunciables tanto la lucha contra la corrupción como los conflictos de intereses.³²

La mesa de contratación, de constitución obligatoria según el artículo 326.1, será la encargada de la selección de los candidatos cuando así se delegue por el órgano adjudicador, y se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares (art. 326.2.e). Se prevé una configuración específica para las mesas de este tipo de procedimiento, en las cuales, además de los miembros previstos para las mesas en general (un presidente, los vocales que se determinen reglamentariamente, y un secretario, según el art. 326.3), se incorporarán “personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse el diálogo o la asociación para la

32 De entre la escasa literatura sobre conflictos de intereses ligados a la investigación universitaria, ver: Gunsalus, C. Kristina y Rowan, Judith (2011). El conflicto de interés en el ámbito universitario: lo reconozco cuando lo veo. *Paradigmas*, 3, 59-76.

innovación, designadas por el órgano de contratación”, tal como establece el artículo 327. El número de estas personas especialmente cualificadas deberá ser igual o superior a un tercio de los componentes de la mesa, y tendrán voz y voto en las deliberaciones. Estas previsiones hacen evidente la importancia de integrar en las mesas a personal con la máxima formación y conocimiento del ámbito que es objeto de contratación. De aquí lo oportuno de integrar en este órgano como expertos a responsables o miembros del equipo de investigación del que ha surgido la necesidad de innovación, sin que esto excluya la presencia de otros expertos. El principio que debe garantizarse con estas incorporaciones es el previamente mencionado sobre la aplicación de criterios objetivos y técnicos, no solo en la selección de las propuestas, sino de forma previa en la redacción de los pliegos y posteriormente en el seguimiento de la vida de los contratos adjudicados en el procedimiento.

La presentación de proyectos estará restringida a aquellos solicitantes que, habiendo presentado la solicitud, reciban la invitación a hacerlo. El órgano de contratación deberá invitar a negociar a un número de candidatos regido por los artículos 162.2 y 178.3; no podrán ser en principio menos de cinco aunque, si los candidatos que cumplen los criterios de selección son menos, se podrá reducir el número hasta tres. No se podrá, por otra parte, invitar a empresarios que no cumplan los requisitos exigidos o que no hayan presentado la solicitud previa para participar.

Recibidos los proyectos, se inicia un proceso de negociación de las ofertas, que puede desarrollarse en fases sucesivas, según lo establecido en el artículo 179.4, hasta la presentación de una oferta definitiva. Las negociaciones tienen la finalidad de mejorar el contenido de las propuestas y, durante su desarrollo, es de capital importancia respetar los principios que se desgranán en el artículo 179.5. Así, se debe ofrecer un trato igual a todos los licitadores, de forma que los órganos de contratación no deben facilitar información discriminada que pueda suponer una ventaja para unos u otros licitadores. Todos los cambios que se produzcan durante el proceso de negociación en lo relativo a la documentación de la contratación o las especificaciones técnicas han de ser comunicados por escrito a todos los participantes no excluidos del proceso negociador. Durante el desarrollo de la negociación debe ofrecerse el tiempo suficiente a los candidatos para que ajusten sus propuestas a los cambios introducidos en el proyecto, unos cambios que en ningún caso pueden afectar a los requisitos mínimos establecidos en el pliego. Debe observarse asimismo una escrupulosa confidencialidad (art. 179.6 y Directiva 2014/24/UE 31.4) en referencia a los datos aportados por los licitadores, que no podrán ser revelados al resto de los participantes sin su acuerdo previo, especificando en su caso de forma concreta cuál es la información que se permite comunicar.

Concluida la negociación, si el órgano de contratación considera que se cumplen las condiciones para ello, se creará la asociación para la innovación, que podrá integrar uno o varios socios seleccionados que efectúen por separado actividades de investigación y desarrollo (art. 177.2). Se formalizará con cada socio el contrato correspondiente, que se registrará según lo dispuesto en el artículo 177.3.a, esto es, por las normas que se establezcan reglamentariamente, por las condiciones especificadas en los pliegos y, de forma supletoria, por las normas establecidas para los contratos de servicios.

La adjudicación de los contratos se registrará exclusivamente por el criterio de la mejor relación calidad-precio (31.1 Directiva 2014/24/UE y artículos 179.2 y 145.2 de la LCSP). Hay que tener en cuenta que esta relación implica no valorar únicamente el precio de la oferta; al contrario, el importe no tiene una importancia preponderante en este criterio de adjudicación, tal como se remarca en la Guía 2.0 para la compra pública de innovación del MINECO (Bernal y Gimeno, 2015), sino que la referencia son otros criterios objetivos, relacionados en el mencionado artículo 145.2, esto es, aspectos medioambientales o sociales vinculados al objeto del contrato, entre los cuales la calidad, el valor técnico y las características del producto, las cualidades del personal adscrito al contrato o el servicio técnico y posventa. Es a partir de la valoración del conjunto de las prestaciones ofrecidas que se debe definir este criterio de mejor relación calidad-precio.

Esta primera etapa, durante la cual se desarrolla la investigación necesaria para conseguir la innovación buscada, se estructura en fases sucesivas siguiendo la lógica del proceso de investigación, que puede comprender fases iniciales de contenido más teórico, fases de prueba, de desarrollo o, finalmente, de fabricación del producto o prestación del servicio. Al final de cada una de las fases, el órgano de contratación puede resolver la asociación o, si está integrada por varios socios, resolver los contratos necesarios de forma

individual. Con la finalización de las fases, los socios habrán de demostrar haber cumplido con los objetivos parciales fijados, que se les retribuirán de acuerdo con lo pactado. Tanto las fases como la posibilidad de revisión y resolución de contratos al final de ellas, así como las condiciones de estas revisiones, deben haber sido previstas de forma clara desde el principio en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Hay que remarcar, por otra parte, que, aunque tanto la directiva como la LCSP hablan de socios, y la denominación del procedimiento es asociación para la innovación, no se está creando formalmente una sociedad de ningún tipo: se trata de un procedimiento de adjudicación de contratación pública, durante el cual se acuerda colaborar en virtud de los contratos adjudicados individualmente.

Una vez finalizada la fase de investigación y desarrollo, el órgano de contratación decidirá sobre la adquisición de las obras, servicios o suministros obtenidos, valorando si el resultado concuerda con las especificaciones solicitadas. La compra se formalizará con el correspondiente contrato de obras, servicio o suministros y se registrará (art. 177.3.b) por las normas previstas en la LCSP correspondientes al contrato relativo a la prestación de que se trate.

Remarcar finalmente la importancia que adquiere, especialmente en este tipo de procedimiento, el seguimiento de su desarrollo en todas las fases por el órgano de contratación. La complejidad técnica y la propia naturaleza de investigación e innovación de todo el proceso requiere, como ya se prevé para la formación de la mesa de contratación, la presencia de personas específicamente cualificadas para velar por su correcta implementación y, tal como estipula el artículo 182, para que *“la duración y el valor de las diferentes fases reflejen el grado de innovación de la solución propuesta”*.

Conclusiones

- La Ley de Economía Sostenible establece que la transmisión de conocimiento, resultados de investigación o derechos de propiedad industrial o intelectual de las universidades a otras Administraciones públicas se contratará por adjudicación directa y aplicando los principios de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas. La Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Investigación, para estos mismos contratos, indica que, cuando el contratante es una Administración pública, se deberá adjudicar de forma directa y remite a la aplicación de la LCSP. Por su parte, la LCSP excluye, en el artículo 9.2, de su ámbito de aplicación a los contratos cuyo objeto sea la compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos de, entre otros bienes inmateriales, las propiedades incorpóreas. Asumiendo que la transmisión del producto de la investigación universitaria es propiedad incorpórea de la universidad, este artículo remite también a la aplicación de la LPAP para la contratación de la actividad universitaria descrita en el artículo 83 de la LOU.

- La nueva regulación de las mesas de contratación excluye a los cargos públicos representativos de la posibilidad de ser miembros de estos órganos. Sin embargo, los cargos de gobierno universitario, aunque son representativos de su institución y son elegidos por la comunidad universitaria, no tienen la consideración de *cargo público representativo* tal como la recoge y define la jurisprudencia constitucional, que la circunscribe a los electos en elecciones periódicas por sufragio universal en los entes territoriales. Los cargos electos universitarios no están, por tanto, afectados por esta exclusión y pueden formar parte de las mesas. No podrá ser miembro, en cambio, el personal eventual de la universidad, que también se encuentra excluido por la LCSP y no goza, en cambio, de ninguna distinción respecto del personal eventual de cualquier otra Administración pública.

- El nuevo procedimiento de adjudicación de contratos de la asociación para la innovación resulta especialmente interesante para las universidades. De entrada como contratista, ya que una de las funciones universitarias es, obviamente, la transmisión de los resultados de su investigación. Pero, además, este procedimiento abre una vía a la innovación a partir del liderazgo de las universidades como poder adjudicador, ya que este tipo de contratación, por sus características, permite la repartición con los contratistas de los derechos sobre la propiedad industrial e intelectual y de la comercialización de los productos, de forma que las universidades podrían recuperar la inversión inicial necesaria al tiempo que potenciar la investigación y la innovación a partir de las necesidades de sus propios grupos de investigación. Esta posibilidad de recuperar las inversiones

en innovación hace viable un papel aún más activo y financieramente autónomo de las universidades en sus actividades de investigación.

Bibliografía

Amoedo-Souto, Carlos-Alberto (2017). El impacto de las Leyes 39 y 40/2015 en las universidades públicas: contenido, hipótesis y retos de futuro. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (182), 283-312.

Bernal Blay, Miguel Ángel y Gimeno Feliu, José María (coords.) (2015). [Guía 2.0 para la compra pública de innovación](#). Madrid: Ministerio de Economía y Competitividad. [Consulta: marzo 2018].

Cueto Pérez, Miriam (2009). La universidad y la investigación. En: Julio V. González García (ed.), *Comentario a la Ley orgánica de universidades* (695-744). Cizur Menor: Civitas.

De la Morena López, Julián (2012). [Evolución histórica de la contratación pública en España](#). *Observatorio de Contratación Pública*. [Consulta: marzo 2018].

Estupiñán Cáceres, Rosalía (2014). La transmisión de derechos de propiedad intelectual derivados de la actividad investigadora realizada en la Universidad pública española. *Revista de Derecho Privado*, (27), 107-125.

Galán Sánchez, Rosa María (2009). La fiscalidad de la universidad española. En: Julio V. González García (ed.), *Comentario a la Ley orgánica de universidades* (915-953). Cizur Menor, Navarra: Civitas.

Gallego Córcoles, Isabel (2017). La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública. *Documentación administrativa*, (4), 92-113.

Gallego Córcoles, Isabel (2018). El procedimiento abierto simplificado y el procedimiento “simplificadísimo”. *Contratación administrativa práctica*, (153), 104-113.

Gimeno Feliú, José María (2017a). La nueva Ley de Contratos del Sector Público: un nuevo escenario para la contratación pública. *El Consultor de Los Ayuntamientos*, (23), 2782-2799.

Gimeno Feliú, José María (2017b). La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades. *Documentación Administrativa*, (4), 7-30.

González García, Julio (2018). [¿Son necesarios los contratos menores? Procedimiento supersimplificado de adjudicación de contratos](#). *Global Politics and Law*. [Consulta: marzo 2018].

González-Varas Ibáñez, Santiago (2017). *Tratado de Derecho administrativo. Tomo III: Contratación pública. Comentarios a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*. Madrid: Civitas.

Gunsalus, C. Kristina y Rowan, Judith (2011). El conflicto de interés en el ámbito universitario: lo reconozco cuando lo veo. *Paradigmas*, 3, 59-76.

Hernández Armenteros, Juan y Pérez García, José Antonio (2016). *La Universidad española en cifras, 2015/2016*. Madrid: CRUE Universidades Españolas.

Huergo Lora, Alejandro (2017). El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. *Documentación Administrativa*, (4), 31-51.

Lladó Martínez, Albert (2017). Las leyes 39 y 40 de 2015 y las universidades públicas: su exclusión de la esfera de la Administración pública y consecuencias derivadas. *Revista Galega de Administración Pública*, (53), 359-391.

López Benitez, Mariano (2017). Algunas consideraciones a propósito del ámbito subjetivo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017. En particular, el caso de las Corporaciones de Derecho público. *Documentación Administrativa*, (4), 136-145.

- Martín Rebollo, Luis (2016). *Leyes administrativas* (23.^a ed., Vol. I). Cizur Menor: Aranzadi.
- Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, José Manuel (2009). Aspectos históricos de la ordenación universitaria. En: Julio V. González García (ed.), *Comentario a la Ley orgánica de universidades* (23-102). Cizur Menor: Civitas.
- Petit Lavall, María Victoria (2016). Propiedad intelectual y transferencia de conocimiento a través de los contratos del artículo 83 LOMLOU. En: Antonio Fayos Gardó y Belén Andrés Segovia (eds.), *La propiedad intelectual en la era digital* (245-268). Madrid: Dykinson.
- Tardío Pato, José Antonio (2014). Libre competencia y Administraciones Públicas como licitadores de contratos públicos y como parte de convenios interadministrativos. Las Universidades públicas como ejemplo. *Revista Española de La Función Consultiva*, (21), 291-342.
- Tardío Pato, José Antonio (2016). La “asociación para la innovación”: contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (181), 267-295.
- Tornos Mas, Joaquín (2017). El régimen jurídico de las universidades públicas. En: Joaquín Tornos Mas (ed.), *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público* (131-150). Barcelona: Atelier.
- Torres López, María Asunción (2009). El patrimonio universitario. En: Julio V. González García (ed.), *Comentario a la Ley orgánica de universidades* (831-868). Cizur Menor: Civitas.
- Trayter Jiménez, Joan Manuel (2017). *Derecho administrativo: parte general* (3.^a ed.). Barcelona: Atelier.
- Valcárcel Fernández, Patricia (2018). La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación. *Contratación Administrativa Práctica*, (153), 56-68.
- Vargas Vasserot, Carlos (2012). *Régimen jurídico de la transferencia de resultados de investigación: de la Ley Orgánica de universidades a la Ley de la ciencia, la tecnología y la innovación*. Las Rozas: La Ley.

Siglas

LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.
LCTI	Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.
LES	Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.
LOU	Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.
LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.
LRU	Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria.
TRLCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.