

## INSTRUCCIÓN DE LA GERENCIA DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA RELATIVA A LA SUBCONTRATACIÓN, VÍA OTRI, CON CARGO A LOS FONDOS CONTRACTUALES EXTERNOS EN LOS QUE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA ES LA ENTIDAD ADJUDICATARIA (OPERADOR ECONÓMICO).

A la hora de aplicar las previsiones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), la Universidad de Zaragoza, como universidad pública, puede tener una doble vertiente: la de poder adjudicador y la de operador económico (contratista). Esta dualidad ha sido reconocida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en la Sentencia de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari*, donde recuerda que las administraciones públicas pueden concurrir a licitaciones públicas siempre que estén habilitadas para ofrecer servicios en el mercado. Este sería el caso de una universidad pública, que tiene condición de poder adjudicador (art. 3.2 LCSP de 2017) y también puede ser operador económico.

Se trata de facetas distintas y “estancas”. Es decir, cuando una universidad pública actúa como poder adjudicador (art. 3.2 LCSP), debe someterse a las previsiones de la LCSP y aplicar los procedimientos de adjudicación contenidos en dicha norma. Pero cuando una universidad pública (igual que una empresa pública o un consorcio) actúa como operador económico (contratista), su rol, obligaciones y derechos son los propios de esta caracterización, de tal manera que está obligada como contratista a cumplir el contrato y no podrá, por ello, acogerse a las prerrogativas de un poder adjudicador Administración pública (por ejemplo, para la interpretación del contrato) ni, si el poder adjudicador no fuera administración pública, podrá pretender que el negocio jurídico se califique como contrato administrativo. Por otro lado, como contratista no actúa nunca como poder adjudicador (de hecho, no hay financiación pública incondicionada ni actividad de interés general, sino una evidente actuación mercantil).

Esta segunda faceta aconseja que esta Instrucción aclare el régimen jurídico aplicable a los supuestos en que, en su condición de contratista, debe realizar subcontratación de algunos de los elementos de la prestación contratada, pues la LCSP no impone a una entidad perteneciente al sector público, como la Universidad de Zaragoza, que cuando actúe como contratista, y no como poder adjudicador, utilice los procedimientos de la LCSP para seleccionar subcontratistas, porque no existirá en estos casos un contrato público.

Este argumento está ampliamente desarrollado por el Observatorio de los contratos públicos<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> José María Gimeno Feliu: “Reglas de contratación aplicables a los poderes adjudicadores cuando actúan como operadores económicos y deben subcontratar prestaciones (servicios y/o suministros) para el cumplimiento del contrato”, pp. 25-48 en el libro *Observatorio de los contratos públicos 2018* (Ed. ARANZADI, 2019, de Guerrero Manso, M<sup>a</sup> del Carmen - Coord.).



dbabfcc25fb9f099c631d99fc2298836  
Copia auténtica de documento firmado digitalmente. Puede verificar su autenticidad en <http://valide.unizar.es/csv/dbabfcc25fb9f099c631d99fc2298836>

CSV: dbabfcc25fb9f099c631d99fc2298836	Organismo: Universidad de Zaragoza	Página: 1 / 4	
Firmado electrónicamente por	Cargo o Rol	Fecha	
ALBERTO GIL COSTA	Gerente	17/12/2019 15:12:00	

Entre los argumentos desarrollados en el citado capítulo, es importante señalar, por ejemplo, la STJUE de 15 de enero de 1998 (Asunto C-44/96. Mannesmann), utilizada como *leading case* para decidir el alcance del concepto de poder adjudicador. En ella se advierte (apartado 46), que un contrato público no está sujeto a las disposiciones de las Directivas de contratación pública cuando se refiere a un proyecto que, desde su origen, corresponde plenamente al objeto social de una empresa que no es un órgano de contratación y cuando los contratos relativos a dicho proyecto hayan sido celebrados por un órgano de contratación por cuenta de dicha empresa.

Es decir, cuando el ente contratante es un sujeto privado (e incluso público, como luego se aplicará) y el contratista un poder adjudicador, en su cumplimiento no hay que estar a las normas de contratación pública. Esta consecuencia, esta afirmación del TJUE es de especial relevancia, pues delimita las consecuencias del poder adjudicador y lo alinea no desde una perspectiva formal sino desde una perspectiva funcional.

Apunta Gimeno Feliu que *el Derecho europeo configura la referida dualidad como dos facetas distintas y "estancas". Es decir, cuando, por ejemplo, un consorcio (al igual que una universidad pública) actúa como poder adjudicador para satisfacer necesidades propias (que son la causa de la relación contractual), es indubitado que debe someterse a las previsiones de la LCSP y aplicar los procedimientos de adjudicación contenidos en dicha norma. Pero cuando se comporta como contratista que compite con otras empresas para la obtención de un contrato público o contrato privado, no se debe extender el régimen de "poder adjudicador" a las actuaciones derivadas del contrato del que es adjudicatario.* Esta es la solución que da, como hemos explicado, la citada Sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann.

Asimismo se afirma que esta solución para cuando la relación jurídica es con una entidad contratante estrictamente privada se debe extender, por coherencia sistemática y teleológica, cuando el sujeto contratante es un poder adjudicador. ¿Por qué? La explicación es que en un contrato público no hay relaciones entre dos poderes adjudicadores, sino que cuando uno actúa se comporta como contratista (por habilitación legal, claro), existe una evidente actuación mercantil, regulada por las reglas de la competencia. Por ello, la subcontratación derivada para cumplir las obligaciones contractuales no puede tener la consideración de contrato público típico sometido a las previsiones de las Directivas de contratación pública ni, por ello, de la LCSP 2017.

Avala la conclusión anterior la solución adoptada sobre esta cuestión por la propia Ley Foral 2/2018, de Contratos Públicos, pues el artículo 7 f) indica que son negocios excluidos de dicha Ley *"Los contratos de servicios y suministros celebrados por los Organismos Públicos de Investigación que tengan por objeto prestaciones o productos necesarios para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica o servicios técnicos, cuando la presentación y obtención de resultados derivados de los mismos esté ligada a retornos científicos, tecnológicos o industriales susceptibles de incorporarse al tráfico jurídico y su realización haya sido encomendada a equipos de investigación del Organismo mediante procesos de competencia competitiva"*, y que esa es la solución que ofrece, quizá no muy claramente, es cierto, la propia LCSP en el artículo 11.4, que excluye de la aplicación de la LCSP *"los contratos por*



dbabfcc25fb9f099c631d99fc2298836  
Copia auténtica de documento firmado digitalmente. Puede verificar su autenticidad en <http://vvalide.unizar.es/csv/dbabfcc25fb9f099c631d99fc2298836>

CSV: dbabfcc25fb9f099c631d99fc2298836	Organismo: Universidad de Zaragoza	Página: 2 / 4	
Firmado electrónicamente por	Cargo o Rol	Fecha	
ALBERTO GIL COSTA	Gerente	17/12/2019 15:12:00	

*los que una entidad del sector público se obligue a entregar bienes o derechos o a prestar algún servicio, sin perjuicio de que el adquirente de los bienes o el receptor de los servicios, si es una entidad del sector público sujeta a esta Ley, deba ajustarse a sus prescripciones para la celebración del correspondiente contrato". Sea como fuere, Ley Foral y LCSP, ambas del Estado Español y ambas bajo el mismo paraguas de las directivas comunitarias y del derecho armonizador y "pretoriano" del TJUE.*

Por todo ello, se dicta **esta Instrucción de la Gerencia de la Universidad de Zaragoza fijando los criterios siguientes:**

**Primero.-** En los supuestos en que la Universidad de Zaragoza, ocupando la posición de operador económico, necesite adquirir prestaciones de suministros o servicios derivadas de un contrato público o un contrato privado, resultará de aplicación la regla contenida en el artículo 11.4 LCSP, que establece que quedan excluidos del ámbito de la citada Ley los contratos por los que una entidad del sector público se obligue a entregar bienes o derechos o a prestar algún servicio, sin perjuicio de que el adquirente de los bienes o receptor de los servicios, si es una entidad del sector público sujeta a esta Ley, deba ajustarse a sus prescripciones para la celebración del correspondiente contrato. Este sería el caso de aquellas subcontrataciones que debiera hacer la Universidad de Zaragoza al amparo de su condición de adjudicataria, a través de la OTRI, de fondos contractuales externos. Así, en estos casos, en tanto operador económico y no poder adjudicador, NO debe aplicar las reglas procedimentales para seleccionar a los subcontratistas (tanto para prestaciones de servicios como de suministros) pues esta relación jurídica derivada no tiene la consideración de contrato público.

Este criterio interpretativo se encuentra avalado por jurisprudencia del TJUE y de aplicación en el ámbito de las Directivas 23 y 24 de 2014 de concesiones y contratación pública respectivamente. En consecuencia, si en la ejecución necesita subcontratar prestaciones, éstas NUNCA tendrán la consideración de contrato público ni por ello pueden ser objeto de un proceso de concurrencia competitiva ex LCSP, tal y como establece la exclusión recogida en el citado artículo 11.4 de la Ley 9/2017.

Esto significa que, adjudicado un contrato público por un poder adjudicador a una universidad pública como es la Universidad de Zaragoza, actuando ésta en condición de operador económico, respetando las previsiones, condiciones y límites del pliego, la Universidad de Zaragoza podrá subcontratar directamente con otros proveedores elementos de la prestación y la naturaleza jurídica de esos negocios jurídicos será la de contratos privados. Obviamente los subcontratistas deberán cumplir las exigencias legales para esa subcontratación.

En virtud de lo anterior, la Universidad de Zaragoza cuando haya sido seleccionada como adjudicataria de un contrato a través de la OTRI, y cuando en éste se prevea la posibilidad de subcontratación, tanto en un contrato licitado por una entidad pública como por una entidad privada, al ser una actuación ejecutada como contratista-operador económico y no como poder adjudicador, de conformidad con el artículo 11.4 de la Ley 9/2017, los contratos que se realicen han de considerarse excluidos del ámbito de aplicación de la citada ley.



dbabfcc25fb9f099c631d99fc2298836  
Copia auténtica de documento firmado digitalmente. Puede verificar su autenticidad en <http://vvalide.unizar.es/csv/dbabfcc25fb9f099c631d99fc2298836>

CSV: dbabfcc25fb9f099c631d99fc2298836	Organismo: Universidad de Zaragoza	Página: 3 / 4	
Firmado electrónicamente por	Cargo o Rol	Fecha	
ALBERTO GIL COSTA	Gerente	17/12/2019 15:12:00	

**Segunda.-** La regla anteriormente expuesta no se podrá utilizar en aquellos contratos que la Universidad de Zaragoza realice con fondos provenientes de convenios con terceros (cooperación horizontal) ni con fondos subvencionales provenientes de convocatorias, pues en estos casos la Universidad de Zaragoza actúa siempre como poder adjudicador.

**Tercera.-** Esta Instrucción es de aplicación a partir del 1 de enero de 2020, incluso a los procedimientos en curso.

*Firmado electrónicamente y con autenticidad contrastable según al artículo 27.3.c) de la Ley 39/2015 por ALBERTO GIL COSTA, Gerente de la Universidad de Zaragoza.*



dbabfcc25fb9f099c631d99fc2298836

Copia autentica de documento firmado digitalmente. Puede verificar su autenticidad en <http://valide.unizar.es/csv/dbabfcc25fb9f099c631d99fc2298836>

CSV: dbabfcc25fb9f099c631d99fc2298836	Organismo: Universidad de Zaragoza	Página: 4 / 4	
Firmado electrónicamente por	Cargo o Rol	Fecha	
ALBERTO GIL COSTA	Gerente	17/12/2019 15:12:00	