

INFORME 2/2024 DE 11 DE JUNIO DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE CANARIAS SOBRE LOS CONTRATOS EXCLUIDOS EN EL ÁMBITO DE LA INVESTIGACION, EL DESARROLLO Y LA INNOVACIÓN.

El Director General de Espacios Naturales y Biodiversidad de la Consejería de Transición Ecológica y Energía se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Pública de Canarias solicitando un pronunciamiento de la misma respecto al alcance del término “beneficio exclusivo” al que se refiere el artículo 8 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, (en adelante las LCSP), que excluye de su aplicación a los contratos de investigación, desarrollo e innovación.

En la consulta se especifican unos supuestos concretos respecto a los que solicita la aclaración del citado término de exclusividad para la determinación de su aplicación de la LCSP:

a) En el caso de contratar con Universidades u otros Organismos de Investigación ¿Puede entenderse como beneficio del adjudicatario los siguientes, de tal manera que, si alguno se da, el contrato quedaría excluido de la aplicación de la LCSP?:

- 1.- Contribuir a la realización de tesis doctorales o publicaciones científicas.
- 2.- El registro de la propiedad intelectual o industrial a nombre de la Universidad u organismo de investigación.
- 3.- La continuación por la universidad u organismo de investigación de una línea de investigación de I+D+I.

b) Si la finalidad del contrato no fuera la de incentivar la investigación, sino la de atender a una necesidad del poder adjudicador, pero, aun así, el resultado pudiera beneficiar hipotéticamente a otros poderes adjudicadores, al hacerse público los resultados de la investigación, ¿los beneficios dejarían de ser exclusivos y el contrato quedaría excluido de la aplicación de la LCSP?

Previamente debe precisarse que esta Junta, de acuerdo con lo previsto en el Reglamento Orgánico de la Consejería de Hacienda, Presupuestos y Asuntos Europeos, aprobado por Decreto 175/2022, de 3 de agosto, (vigente de acuerdo con la disposición transitoria única del decreto 123/2023, de 17 de julio, por el que se determina la estructura orgánica y las sedes de las Consejerías del Gobierno de Canarias) tiene el carácter de órgano colegiado consultivo en materia de contratación pública y, en el ejercicio de su función de resolver consultas de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia de contratación pública, no puede sustituir ni suplir las funciones consultivas que tienen asignadas otros órganos consultivos en sus respectivos ámbitos de competencia.



No obstante, la cuestión propuesta puede revestir un interés general por lo que el informe se realizará aplicando los criterios generales en relación con la cuestión que se somete a consulta, correspondiendo la interpretación al caso concreto suscitado a los servicios jurídicos de la Consejería.

CONSIDERACIONES JURIDICAS

La consulta principal planteada consiste en determinar cuándo un contrato perteneciente al ámbito de la Investigación, el Desarrollo y la Innovación está sujeto o no a las normas de contratación establecidas en la LCSP.

A esta cuestión se refiere el artículo 8 de la LCSP, que, con una redacción no muy clara al expresarse en negativo, establece primero una regla general determinando la exclusión total del ámbito de la legislación de contratos a los contratos de investigación y desarrollo, para posteriormente establecer una excepción a esa regla general con varios requisitos acumulativos.

Y en este sentido el artículo 8 determina que estarán sujetos a la ley los contratos de investigación y desarrollo que cumplan de forma acumulativa las siguientes condiciones:

- ✓ Que tengan por objeto los siguientes códigos CPV: 73000000-2 (servicios de investigación y desarrollo y servicios de consultoría conexos); 73100000-3 (servicio de investigación y desarrollo experimental); 73110000-6 (servicios de investigación); 73111000-3 (servicios de laboratorio de investigación); 73112000-0 (servicios de investigación marina); 73120000-9 (servicios de desarrollo experimental); 73300000-5 (diseño y ejecución en materia de investigación y desarrollo); 73420000-2 (estudio de previabilidad y demostración tecnológica) y 73430000-5 (ensayo y evaluación).
- ✓ Que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad.
- ✓ Que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador.

El citado precepto es consecuencia de la trasposición de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, cuyo artículo 14 en similares términos excluye de su ámbito de aplicación:

- los contratos de servicios públicos de investigación y desarrollo incluidos en los códigos CPV 73000000-2 a 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 y 73430000-5, que no cumplan las dos condiciones siguientes:
 - que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, y
 - que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador.

La razón de este precepto descansa en el considerando (35) de la citada directiva en el que se potencia *el deber de la cofinanciación de los programas de investigación y desarrollo (I+D) por parte de la industria. Como consecuencia, ha de precisarse que la presente Directiva solo*



es aplicable en los casos en que no exista esa cofinanciación y en que los resultados de las actividades de I+D sean imputables al poder adjudicador de que se trate.

A la vista de la normativa citada quedan perfectamente definido los tres requisitos que deben concurrir para que un contrato de investigación, desarrollo e innovación esté sujeto a la LCSP, y cuando uno de esos requisitos no se produzca la contratación estará excluida de la normativa de contratación. Por ello la determinación de si un contrato está o no excluido dependerá de si se cumplen las condiciones determinadas en los preceptos citados.

En estos términos se recoge en el informe 38/18 de la Junta Consultiva de Contratación del Estado que señala: *El criterio con el que la ley actual diferencia los contratos de investigación incluidos y excluidos de su marco de aplicación es, exclusivamente, el cumplimiento de las anteriores condiciones en las que se atiende, por un lado, a la codificación del contrato y, por otro, a la participación externa en la financiación o en la rentabilidad del contrato público, en línea con lo establecido en el Considerando 35 de la Directiva, que considera estos supuestos excluidos de su aplicación.*

En relación a los supuestos planteados destacar que los mismos son poco precisos para determinar o no su sujeción a la normativa contractual. Por ello deberán analizarse a la luz de cada condición que establece el precepto citado:

1.- Debe tenerse en cuenta en primer lugar el objeto de las prestaciones ya que las mismas deben consistir en Servicios de investigación y desarrollo, encuadrables en el grupo 73 de la nomenclatura de los CPV.

Si las prestaciones que se citan en el escrito encajan en los CPV no especificados en el precepto, la contratación no estará sujeta a la normativa de la LCSP y en estos términos se pronuncia el informe 9/2022 de 24 de junio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid.” *Por ejemplo: un contrato con CPV 732100007 (Servicios de consultoría en investigación), por el mero hecho de pertenecer a ese código, es un servicio de consultoría que queda excluido de la LCSP, dado que no figura en la relación del artículo 8. Por tanto, solo se excluyen de dicha ley los contratos de I+D que no estén comprendidos en los códigos CPV relacionados en el artículo 8...”*

En cuanto al supuesto concreto planteado de que el contrato no tuviera como finalidad incentivar la investigación, en principio no tendría encaje en el grupo 73, dado que los contratos de investigación y desarrollo, llevan implícita esa incentivación al tener como fin ampliar el conocimiento científico.

2.- Respecto al requisito que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador, el citado informe también recoge que esa afirmación implica que *“la contraprestación se satisfaga en su totalidad por el poder adjudicador. Lo que se pretende con la condición es señalar que ha de existir un precio o contraprestación por la prestación del servicio, es decir, que el negocio tenga carácter oneroso y pueda recibir la calificación de contrato de servicios sujeto a la LCSP.”*

Lo que se pretende con esta condición que recoge la ley, es determinar la necesidad de la existencia de un precio o contraprestación por la prestación del servicio, es decir, que el



negocio tenga carácter oneroso y pueda recibir la calificación de contrato de servicios sujeto a la LCSP, y que la contraprestación se satisfaga en su totalidad por el poder adjudicador, no participando la empresa adjudicataria en la financiación del contrato.

3.- En cuanto al último requisito sobre el que se tiene dudas en su aplicación es el de que *los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad.*

Este requisito, si bien siempre relacionado con el anterior, es lo que caracteriza a la denominada Compra Pública Precomercial (CPP) que se define como una contratación de servicios de I+D en los que el comprador público comparte con las empresas los riesgos y beneficios de la investigación necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las que hay disponibles en el mercado.

Por ello cuando no existe este reparto de beneficios o de riesgos, es cuando el contrato estaría sujeto a la normativa de contratación. Reparto que se produce entre el prestador del servicio con el adjudicatario, no con otros poderes adjudicadores.

Y así la Junta Consultiva de Contratación Pública de Canarias en el Informe 3/2012, si bien relativo a la normativa anterior, concretamente al artículo 4.1.r) del TRLCSP, interpreta ese reparto en el sentido: *“que las expectativas de tales riesgos y beneficios han de referirse a la posibilidad de explotar o comercializar con terceros el resultado de los trabajos realizados, posibilidad que, habiendo provocado el efecto de minorar el importe pactado para remunerar el trabajo del contratista, introduce para éste, tanto un factor de riesgo, en la medida en que los resultados de la explotación posterior con otros clientes pueden no alcanzar sus iniciales expectativas, como un factor de posibles beneficios, en la medida en que esa comercialización posterior alcance o supere tales expectativas.”*

En definitiva, para que los contratos de I+D estén excluidos del ámbito de la LCSP es necesario que exista cofinanciación por parte del tercero y que los resultados de la I+D, los riesgos y beneficios, se compartan con las empresas según las condiciones del mercado

Y en ese sentido debe interpretarse el término exclusividad, que no hay reparto ni de pérdidas ni de beneficios entre el comprador y el adjudicatario

CONCLUSIONES

Los elementos que caracterizan a los contratos de investigación y desarrollo que están sujetos a la LCSP son los siguientes:

- ✓ Que tengan por objeto la investigación y desarrollo y que se encuadren en el grupo 73 de la nomenclatura CPV que se determinan expresamente en el artículo 8 LCSP.
- ✓ que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, en el sentido de no compartir los riesgos (pérdidas) y beneficios (ganancias) entre poder adjudicador y contratista.
- ✓ que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador., que no exista cofinanciación.



Cuando no concurrieran estos requisitos el contrato se calificaría de compra precomercial (CPP) y estaría excluida de la aplicación de la LCSP y se regirá por las normas especiales que resulten de aplicación, ajustándose a los principios generales establecidos en la LCSP.

En Canarias, documento fechado y firmado digitalmente,
**LA SECRETARIA DE LA JUNTA CONSULTIVA DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA DE CANARIAS**
M.^a Teresa Peiró García-Machiñena