



INFORME 9/2022, DE 24 DE JUNIO, SOBRE CONTRATOS DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO EXCLUIDOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

ANTECEDENTES

El Director de la Fundación para la Investigación Biomédica del Hospital Gregorio Marañón ha dirigido escrito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando la emisión de informe sobre los contratos de investigación y desarrollo (I+D) a que se refiere el artículo 8 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que 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 solicitud de informe consta en primer lugar de una exposición de antecedentes y seguidamente relaciona las siguientes cuestiones:

CUESTIÓN PRIMERA SOMETIDA A INFORME:

Hemos encontrado controversias en el pronunciamiento de la doctrina, respecto a si, cuando se mencionan en ese artículo los “contratos de investigación y desarrollo”, se está acotando los mismos a contratos de servicios, y no también a los contratos de suministros (pronunciamiento por ejemplo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en el Informe 4/2018); o bien entran dentro de esa denominación, los contratos que, cumpliendo la consideración de ser entendidos como de investigación y desarrollo, se corresponden tanto con contratos de servicios como de suministros; en este caso se encuentra la postura manifestada por la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, en el Informe 10/2018.

Creemos conveniente que esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid se pronuncie al respecto sobre este particular, pues no hemos encontrado ningún informe o resolución de esa Junta Consultiva que lo aborde de forma explícita.

CUESTIÓN SEGUNDA SOMETIDA A INFORME:

Cuando el artículo 8 (de redacción cuando menos confusa o poco afortunada según opinión ampliamente extendida en los foros relacionados con el mundo de la contratación

administrativa), recoge en sentido invertido al sentido positivo de la Directiva 2014/24/UE, los contratos excluidos en el ámbito de la investigación, desarrollo e innovación, relaciona un conjunto de códigos CPV de la división 73, (SERVICIOS DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO Y SERVICIOS DE CONSULTORÍA CONEXOS), incluido el código 73000000-2 (este último parece un código que engloba todos los posteriormente relacionados en el mismo artículo), si bien cuando uno analiza los CPV existentes en esa división 73, existen varios que no figuran en la mencionada relación; a modo de ejemplo, y por ser de nuestro interés y uso habitual, los epígrafes 73200000-4 (servicios de consultoría en investigación y desarrollo) y 732100007 (Servicios de consultoría en investigación).

Pues bien, desconocemos si dado que los requisitos para estar excluido de aplicación de la LCSP, son, por un lado, encajando en alguno de los códigos CPV relacionados en el artículo 8, no cumplir alguna de las dos condiciones enumeradas a continuación, es decir:

a) Que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad.

b) Que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador.

Ello quiere decir, que el resto de CPV que forman parte de la división 73, pero no se relacionan en el citado artículo, suponen de facto su exclusión de la LCSP; o bien su exclusión de la relación del artículo 8, está motivada porque, pese a pertenecer a la división 73, no se consideran contratos de investigación y desarrollo.

Tratamos de poner un ejemplo con el objeto de hacer más didáctica la pregunta.

Si un contrato con CPV 732100007 (Servicios de consultoría en investigación), por el mero hecho de pertenecer a ese CPV, está excluido de LCSP, dado que no figura en la relación de los CPV que exceptúa el artículo 8 en caso de cumplir además los dos requisitos concretos antes mencionados, o no es ello así, y en este último caso, las razones que motivan esta interpretación.

CUESTIÓN TERCERA SOMETIDA A INFORME:

Parece pacífico, según todos los autores que se pronuncian al respecto, que el motivo de limitar el legislador la exclusión o no del contrato del ámbito de aplicación de la LCSP a aquellos contratos que además de pertenecer a determinados CPV, cumplan los dos requisitos enumerados en el artículo 8, a saber:

- a) Que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad.
- b) Que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador. tiene origen en la búsqueda del fomento de la cofinanciación de los programas de investigación y desarrollo (I+D) por parte de la industria.

En consecuencia, son las condiciones relativas a la financiación de la actividad de investigación y a la titularidad de los derechos de utilización de los resultados, las circunstancias que por sí solas determinan la exclusión o no del contrato del ámbito de aplicación de la LCSP.

Pues bien, respecto al segundo de los requisitos para exceptuar o no, de exclusión del contrato del ámbito de aplicación de la LCSP, se nos plantea la siguiente duda, que es común entre un buen número de entidades del ámbito de la investigación biomédica con las que hemos compartido esta inquietud.

Cuando el legislador indica “que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador”, ¿a qué refiere con remunerado?, ¿es lo mismo utilizar la palabra “remunerado” que la palabra “financiado”?

Indicamos esto, porque sacamos a colación, diversos pronunciamientos de juzgados de lo contencioso administrativo y salas de tribunales superiores de lo contencioso administrativo, considerando en el marco de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y en la letra r) del artículo 4º, cuando se indica que:

Artículo 4. Negocios y contratos excluidos.

- r) Los contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que éste comparta con las empresas adjudicatarias los riesgos y los beneficios de la investigación científica y técnica necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado. En la adjudicación de estos contratos deberá asegurarse el respeto a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y de elección de la oferta económicamente más ventajosa.

Se entendió por dichos juzgados y tribunales, que el hecho de que un contrato se encontrara cofinanciado en un determinado porcentaje por un organismo

subvencionador, provocaba que el contrato se considerara que no estaba remunerado íntegramente por el órgano de contratación, asimilando la financiación con la remuneración, y así con aquella normativa, se limitaba la exclusión de LCSP.

Con esa interpretación, desconocemos si es la que se entiende como válida, y aunque estemos en el marco de otro texto legal, que ello querría decir que en los casos de contratos cofinanciados o financiados con subvenciones u otro tipo de financiación externa, podría entenderse que el servicio no está remunerado íntegramente por el poder adjudicador, y en consecuencia, en este tipo de contratos de investigación y desarrollo, siempre que disfruten de algún tipo de financiación externa, ello provocaría de forma automática la exclusión del ámbito de aplicación de la LCSP.

Si esta no fuera la interpretación que hace de ese requisito legal esa Junta Consultiva, ¿cuándo se entendería que un contrato está remunerado íntegramente por el poder adjudicador?, en ese caso, el hecho de recibir fondos finalistas vinculados a la contratación correspondiente, ¿significa que el contrato no está remunerado íntegramente por el órgano de contratación?, o por el contrario, cuando en la norma se habla de “remunerado”, ¿se refiere a que debe ser contratado en exclusiva por ese órgano de contratación y no compartiendo la contratación con otro organismo, de tal forma que no tenga relevancia el origen de la financiación de dicho contrato?

¿Juega algún papel en consecuencia para el cumplimiento de dicha condición, que el contrato, por ejemplo, haya sido financiado con dinero proveniente de una subvención, caso típico de los proyectos beneficiados de una financiación obtenida en concurrencia competitiva, o cuente con otro tipo de financiación externa?

CONSIDERACIONES

1.- El órgano consultante solicita el pronunciamiento de esta Junta Consultiva acerca de diversas cuestiones en relación con el artículo 8 de la LCSP, relativo a los negocios y contratos excluidos en el ámbito de la investigación, el desarrollo y la innovación.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (Directiva 2014/24/UE), en su considerando 47, párrafo segundo, indica que, en la Comunicación de la Comisión de 14 de diciembre de 2007 titulada “La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles” se expone una serie de modelos de contratación en relación con la prestación de los servicios de I+D que no entran en el ámbito de aplicación de esta Directiva.

Por otra parte, en su considerando nº 35, aboga por el fomento de la cofinanciación de los programas de (I+D) por parte de la industria, indicando que dicha 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.

Asimismo, su artículo 14 establece que la Directiva se aplicará únicamente a 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, siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes:

- a) que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, y
- b) que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador.

Esta norma se encuentra transpuesta en el artículo 8 de la LCSP, denominado “Negocios y contratos excluidos en el ámbito de la Investigación, el Desarrollo y la Innovación”, indicando que se excluyen de su ámbito de aplicación, con carácter general, los contratos de investigación y desarrollo, salvo los que estén incluidos en los códigos CPV 73000000-2; 73100000-3; 73110000-6; 73111000-3; 73112000-0; 73120000-9; 73300000-5; 73420000-2; y 73430000-5, y que cumplan las dos condiciones referidas.

Por tanto, para que un contrato de I+D quede excluido de la LCSP bastará con que no se encuentre incluido en los códigos indicados o, si lo está, que no cumpla esas dos condiciones.

La razón de la exclusión del ámbito de la LCSP cuando el contrato de I+D no cumpla esas condiciones se debe a que, en ese caso, nos encontramos ante la contratación precomercial: relaciones jurídicas de colaboración mutua entre las partes, que no responden al concepto de contrato oneroso, en las que contratante y contratista comparten el riesgo (costes) y los beneficios (resultados).

La contratación precomercial, como negocio excluido de la LCSP, se enmarca en la fase de investigación y desarrollo (I+D) previa a la comercialización, y es distinta de la contratación de servicios de I+D en la que los beneficios pertenecen exclusivamente a la entidad adjudicadora para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que la entidad adjudicadora remunere totalmente la prestación del servicio, contratación que está sujeta a la LCSP. La finalidad del contrato de I+D no es tanto atender la satisfacción

inmediata de unas necesidades concretas del órgano de contratación, sino innovar el mercado buscando nuevas y mejores soluciones, con la consiguiente aportación de beneficios para la sociedad y la economía en general.

2.- El órgano consultante solicita en primer lugar el pronunciamiento de esta Junta Consultiva sobre si el citado artículo 8 de la LCSP se refiere únicamente a contratos de servicios o incluye también los contratos de suministro.

En el contrato de I+D se encarga a una entidad investigadora la realización de un proyecto de investigación cuya finalidad es generar un nuevo conocimiento o innovación. Se trata, por tanto, de una prestación de hacer propia de un contrato de servicios, conforme a la definición que de estos contratos efectúa el artículo 17 de la LCSP.

La anteriormente mencionada Comunicación de la Comisión de 14 de diciembre de 2007 aborda el concepto de contratación precomercial, entendido como contratación de servicios de I+D en la fase previa a la comercialización, distinto de aquellos según los cuales “los beneficios pertenecen exclusivamente a la entidad adjudicadora para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que la entidad adjudicadora remunere totalmente la prestación del servicio”. En la nota 5 al pie de página, puesta al texto reproducido, se indica: “En este caso, las Directivas sobre contratación pública no son aplicables (...). Estas exenciones sólo se aplican a los contratos públicos de servicios de I+D, y no para los suministros de I+D o la realización de trabajos.”

Si bien al mencionar los contratos de investigación y desarrollo al inicio del artículo 8, la LCSP no especifica si se refiere únicamente a contratos de servicios, sí lo hace la Directiva 2014/24/UE en su artículo 14, que se refiere únicamente a los contratos de servicios, tanto en el propio título como en su contenido. Excluir del ámbito de aplicación de la LCSP los contratos de suministro que puedan afectar a los ámbitos de I+D sería hacer una interpretación del artículo 8 de la LCSP no conforme con el contenido del artículo 14 de la citada Directiva, donde no se menciona la exclusión de los contratos de suministro.

Asimismo, difícilmente los contratos de suministro podrían cumplir la primera de las condiciones establecidas en el mencionado artículo 8, pues se trata de códigos CPV de contratos de servicios.

En este sentido se pronuncia también el Informe 24/2018, de 31 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, al señalar: “Pero dicha posibilidad, si no se cumplen las condiciones del artículo 8 de la

LCSP, solo es aplicable a los contratos de servicios, no a los contratos de suministro, cuya adquisición deberá tramitarse con arreglo a un procedimiento de adjudicación de los previstos en la LCSP, el menor o, en su caso, el negociado sin publicidad del artículo 168.c.1º de la LCSP”.

A este respecto, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su expediente 38/18, de 2 de julio de 2018, relativo a contratos de I+D, 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.

Consecuentemente, en la medida en que ni en la Directiva ni en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se cita ya como supuesto de exclusión, por ejemplo, al contrato de suministro, cabe perfectamente que contratos que antes estaban excluidos ahora no lo estén. La determinación de si un contrato de este tipo está o no excluido dependerá de si se cumplen las condiciones del artículo 8 de la ley.”

3.- En segundo lugar, se consulta por el régimen de contratación de los códigos CPV del grupo 73 no incluidos en la relación del artículo 8 de la LCSP.

La LCSP no cita el grupo 73, sino que relaciona los códigos CPV en concreto de ese grupo no incluidos en la exclusión de la ley. Por su parte, el artículo 14 de la Directiva 2014/24/UE cita los contratos comprendidos en el intervalo de códigos CPV 73000000-2 a 73120000-9, quedando clara la no inclusión del grupo 732 como contratos de investigación y desarrollo de su ámbito de aplicación.

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 y los que sí lo estén, pero no cumplan el resto de condiciones.

4.- Como tercera cuestión se plantea cómo ha de interpretarse la condición para la aplicación de la LCSP a los contratos de I+D recogida en el artículo 8 de la LCSP, consistente en que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder

adjudicador.

Esta condición exige que el servicio prestado sea remunerado “íntegramente”, es decir 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.

El hecho de que la entidad contratante pueda recibir subvenciones o fondos de distinta procedencia que se integren en su presupuesto general no impide considerar que el contrato se remunera íntegramente por el poder adjudicador, siempre que la empresa adjudicataria no participe en la financiación del contrato, ni, por tanto, comparta los riesgos y los beneficios de la investigación.

CONCLUSIONES

- 1.- La referencia que hace el artículo 8 de la LCSP a los contratos de I+D abarca exclusivamente los contratos de servicios, sin que resulte aplicable a los contratos de suministro.
- 2.- A los efectos del artículo 8 de la LCSP solo se excluyen de dicha ley los contratos de I+D que no estén comprendidos en los códigos CPV en el mismo relacionados y los que sí lo estén, pero no cumplan el resto de condiciones indicadas en dicho artículo.
- 3.- La inclusión de subvenciones o fondos de distinta procedencia en la financiación de la entidad contratante no impide considerar que un contrato de I+D esté remunerado íntegramente por el poder adjudicador, siempre que la empresa adjudicataria no participe en la financiación del contrato.