

Informe 13/11, de 10 de mayo de 2012. Régimen derivado de los contratos I+D

Clasificación de los contratos. 18. Otras cuestiones de carácter general.

ANTECEDENTES

La Intervención General de la Administración General del Estado dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando se emita informe en los siguientes términos:

“Se ha recibido en este Centro directivo escrito de la Intervención Territorial de León, en el- -, que se plantea consulta sobre la adecuación a la legalidad de determinado artículo de las Instrucciones internas aprobadas por la Fundación Ciudad de la Energía (en adelante, CIUDEN) para la adjudicación por la misma de contratos no sujetos a regulación armonizada, así como otras cuestiones relacionadas con los contratos de investigación y de desarrollo.

Habida cuenta de la relevancia y alcance general que dicha cuestión tiene a los efectos de determinar si los contratos de investigación y de desarrollo tienen la consideración o no de contratos sujetos a regulación armonizada, esta Intervención General estima oportuno su elevación a la consideración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

I

Al respecto, la Intervención Territorial de León cuestiona la inclusión de los contratos de investigación y desarrollo de obras, servicios y suministros, cualquiera que sea su cuantía, en el ámbito objetivo de aplicación de las Instrucciones internas aprobadas por CIUDEN para la adjudicación de contratos no armonizados, que se adjuntan como anexo a esta consulta. Así, conforme al artículo 8.1 de las citadas Instrucciones, "Este procedimiento se aplicará a los contratos de I+D de obras, servicios o suministros, con independencia de la cuantía." Esta Instrucción no contiene tampoco ninguna referencia a las condiciones sobre remuneración de los contratos o sobre la reserva de aplicación de los resultados obtenidos.

En desarrollo de los trabajos de control llevados a cabo por esa Intervención Territorial, se han seleccionado dos contratos adjudicados por la Fundación;

a) un contrato, calificado como contrato de suministro, y relativo al suministro y montaje de una caldera de carbón pulverizado, por importe de 15.214.436 euros, para cuya adjudicación se ha seguido el procedimiento previsto en las Instrucciones internas para la adjudicación de contratos no armonizados.

b) un contrato, calificado como contrato de suministro, y relativo al suministro, montaje y puesta en operación de la unidad de preparación, almacenamiento y manejo de carbón y otros sólidos, por importe de 10.715.427 euros, para cuya adjudicación se siguió idéntico procedimiento que el previsto en el contrato anterior.

Al respecto, la Intervención Territorial de León se cuestiona si dichos expedientes de contratación están sometidos o no al régimen jurídico de los contratos sujetos a regulación armonizada.

II

La referida consulta de la Intervención Territorial de León parte de la constatación de que existe una aparente contradicción entre la legislación interna española y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

En efecto, el artículo 13 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), contiene una delimitación general de los contratos sujetos a regulación armonizada, incluyendo, en su apartado dos, una enumeración de los contratos que no tienen tal consideración.

Esta configuración negativa de la categoría de los contratos sujetos a regulación armonizada tiene su razón de ser en la transposición del artículo 16 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. De acuerdo con este precepto, no se aplica la Directiva comunitaria "a aquellos contratos de servicios: [...] f) relativos a servicios de investigación y de desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que el poder adjudicador remunere totalmente la prestación del servicio."

Sin embargo, el apartado segundo del artículo 13 de la LCSP dispone que "no se consideran sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea su valor estimado, los contratos siguientes: [...] b) los de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que sus resultados no se reserven para su utilización exclusiva por éste en el ejercicio de su actividad propia."

En una interpretación gramatical y sistemática de la Directiva, el artículo 16 de esta norma reserva la exclusión a los contratos de servicios, tanto en el propio encabezamiento del precepto como en la literalidad de la letra f). Por su parte, el artículo 1.2 d) de la Directiva define los "contratos públicos de servicios" como los "contratos públicos distintos de

los contratos públicos de obras o de suministros cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II."

En cambio, el artículo 13 de la LCSP no ciñe la exclusión a los contratos de servicios, de modo que en una interpretación meramente literal, la excepción comprendería también los contratos de obras y de suministros relacionados con la investigación y el desarrollo.

En relación con esta contradicción aparente entre ambos preceptos, parece lógico inferir que la Ley nacional debe adaptarse, en todos sus aspectos, al contenido de la Directiva y que no puede extender objetivamente el alcance de una dispensa de aplicación de norma. Por consiguiente, debería deducirse que el artículo 13 de la LCSP únicamente cabe interpretarse con arreglo a la Directiva, de modo que la exclusión se proyectase de manera exclusiva sobre los contratos de servicios de investigación y de desarrollo. En este sentido, interesa traer a colación la doctrina de la STJCE de 20 de septiembre de 1988 (Asunto Bentjees) en la que se concluye que "la obligación de los Estados miembros, derivada de una Directiva comunitaria, de alcanzar el resultado previsto por ésta, así como su deber en virtud del artículo 5 del Tratado de adoptar todas las medidas generales o particulares necesarias para asegurar el cumplimiento de esta obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros incluidas, en el ámbito de su competencia, las autoridades judiciales. De ello se deriva que al aplicar el Derecho nacional y, en particular, las disposiciones de una ley nacional dictada precisamente para dar ejecución a una Directiva, el órgano jurisdiccional está obligado a interpretar su Derecho nacional a la luz del texto y de la finalidad de la Directiva para lograr el resultado previsto en el apartado 3 del artículo 189 del Tratado."

En suma, parece lógico interpretar el artículo 13.2 b) de la LCSP con la acepción restrictiva de que sólo incluye los contratos de servicios, de modo que sea coherente con el Derecho comunitario, así como que concuerde con la dicción del propio epígrafe ocho del Anexo II de la LCSP cuando se refiere a los "contratos de servicios de investigación y desarrollo". A mayor abundamiento, la nota 4 (anteriormente 6) de la tabla del Anexo II de la LCSP exceptúa debidamente de la categoría de contratos susceptibles de contratación armonizada "los servicios de investigación y desarrollo distintos de aquellos cuyos resultados corresponden a la entidad adjudicadora para su uso exclusivo, siempre que ésta remunere íntegramente la prestación del servicio."

Por todo ello, se solicita el parecer de esa Junta acerca de si la exclusión del artículo 13.2 b) de la LCSP abarca exclusivamente los contratos de servicios de investigación y desarrollo o si, por el contrario, incluye en su ámbito también a los contratos de obras y suministros de investigación y de desarrollo.

III

De otra parte, y conforme a la legislación nacional y comunitaria citada -letra b) del artículo 13.2 y nota 4 del Anexo II de la LCSP y el artículo 16 de la Directiva- no basta para ser excluidos de regulación armonizada el que se trate de contratos de investigación y desarrollo, sino que además, tienen que cumplir dos condiciones adicionales:

- a) ser remunerados íntegramente por el órgano de contratación; y
- b) que sus resultados no se reserven para su utilización exclusiva por dicho órgano en el ejercicio de su actividad propia,

En relación con la primera exigencia, esta Intervención General somete a la opinión de esa Junta la cuestión de si pueden entenderse íntegramente remunerados por el órgano de contratación, aquellos contratos para los que se haya recibido ayuda o subvención de la Unión Europea o de una entidad nacional.

Por último, y por lo que se refiere a la segunda condición que versa sobre la no utilización exclusiva de resultados por parte del órgano de contratación, se somete a su consideración la cuestión de si existe o no reserva de resultados por el simple hecho de que se activen en el balance de situación los gastos correspondientes o si, por el contrario, es preciso, además, que se haya registrado la correspondiente propiedad industrial.

En resumen, y en relación con lo anteriormente expuesto, se solicita el parecer de esa Junta Consultiva, sobre las siguientes CUESTIONES

1ª.- ¿La exclusión del artículo 13.2 b) de la LCSP abarca exclusivamente los contratos de servicios de investigación y desarrollo o, por el contrario, incluye en su ámbito también a los contratos de obras y suministros de investigación y de desarrollo?.

2ª.- ¿Pueden entenderse íntegramente remunerados por el órgano de contratación, según la previsión contenida en el artículo 13.2 b) de la LCSP, aquellos contratos para los que se haya recibido ayuda o subvención de la Unión Europea o de una entidad nacional?.

Y.- ¿Existe o no reserva de resultados por el simple hecho de que se activen en el balance de situación los gastos correspondientes o, por el contrario, es preciso, además, que se haya registrado la correspondiente propiedad industrial?."

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. El órgano consultante plantea tres cuestiones dentro de su escrito de consulta, relativas todas ellas a los contratos sobre innovación y desarrollo. Comenzaremos por analizar la primera de ellas, relativa a determinar si el artículo 13, 2, b) de la LCSP abarca exclusivamente los contratos de los servicios de investigación y desarrollo o, por el contrario, incluye en su ámbito también a los contratos de obras y suministros de investigación y desarrollo.

2. Los contratos de investigación y desarrollo constituyen una de las novedades de la Ley de Contratos del Sector Público del 2007. En los últimos años han cobrado un gran auge debido a que se enmarcan en el programa general de lo que se conoce como “Estrategia Estatal de Innovación”, aprobada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de julio de 2010, e incorporada a la Ley de Ciencia, Tecnología e Innovación, que se configura como el marco de referencia estable a largo plazo mediante el cual se pretende implicar a todos los agentes políticos, sociales y económicos en la consecución del objetivo común de favorecer la innovación. Con fecha de 8 de julio de 2011, el Consejo de Ministros aprobó la regulación de la compra pública innovadora y para tal fin, se han elaborado las previsiones contenidas dentro de lo que se conoce como “Guía sobre Compra Pública Innovadora”, dirigida a las Administraciones Públicas y demás organismos y entidades del sector público contratantes para una más correcta aplicación de los procedimientos de contratación y adjudicación de la compra pública innovadora. De acuerdo con esta Guía, que ya fue informada favorablemente por esta misma Junta Consultiva en su informe número 37/11, de 27 de octubre de 2011, se pueden distinguir dos modalidades de compra pública:

- la compra pública de tecnología innovadora, regulada en el artículo 11, 1, c) del Texto Refundido de la LCSP, consistente en “*la compra pública de un bien o servicio que no existe en el momento de la compra pero que puede desarrollarse en un período de tiempo razonable. Dicha compra requiere el desarrollo de tecnología nueva o mejorada para poder cumplir con los requisitos demandados por el comprador*”.

- y la compra precomercial, regulada dentro del art. 13, 2, b) del Texto Refundido de la LCSP, donde se prevé que “*no se consideran sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea su valor estimado, los contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que sus resultados no se reserven para su utilización exclusiva por éste en el ejercicio de su actividad propia*”. Sin perjuicio de lo expuesto, en la actualidad, el artículo 4, 1, r) del mismo texto legal, -después de la reforma introducida en esta materia por la Ley de Economía Sostenible, ley 2/2011, de 4 de marzo-, señala al efecto que están excluidos de la presente Ley los contratos de investigación y desarrollo.

3. Una vez realizadas las precisiones anteriores, debemos referirnos ya a la modalidad de compra precomercial, dentro de la compra pública innovadora, que es a la que específicamente se refiere la consulta. Dentro de los preceptos de la Ley de Contratos que regulan de forma directa esta modalidad contractual, no se hace referencia expresa a que necesariamente se incluyan de forma exclusiva dentro de la misma los contratos de servicios. No obstante, debemos señalar que la regulación de este tipo de contratos trae causa del Derecho de la Unión Europea, por lo que no podemos obviar las disposiciones de éste último sobre esta materia, en las que se basa nuestro derecho nacional. Así, aparece aquí el art. 16, f) de la Directiva 2004/18/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, servicios y suministros. Según este precepto, no se aplica la Directiva comunitaria a “*los contratos de servicios relativos a los servicios de investigación y desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que el poder adjudicador remunere totalmente la prestación del servicio*”. Este precepto, igual que ocurre con el derecho español, se refiere a la contratación precomercial o contratos precomerciales. De acuerdo con lo dispuesto dentro del Libro Verde sobre la modernización de la Política de Contratación pública de la Unión Europea, de 27 de enero de 2011, consisten en una manera de fomentar la innovación y permiten que los poderes adjudicadores “pidan que se desarrollen productos o servicios aun no disponibles en el mercado”, definiendo la contratación precomercial como “*la contratación de servicios de investigación y desarrollo para el desarrollo de nuevas soluciones, con miras a la posible compra del producto o el servicio final a través de un nuevo procedimiento de licitación (...)*”. Como vemos, según la Directiva comunitaria, los contratos de investigación y desarrollo a los que se refiere la consulta son, en efecto, contratos de servicios y en este mismo sentido, aparecen dentro de otros documentos que nos sirven para interpretar la normativa en cuestión, como es el Libro Verde, a nivel comunitario, o la Guía de

Compra Pública Innovadora, a nivel nacional. La identificación en estos documentos de este tipo de contratos como contratos de servicios, nos llevan a la conclusión de que la ley española, aun cuando no lo señala expresamente, también se refiere a contratos de servicios, cuando regula la contratos de investigación y desarrollo dentro del artículo 13, 2, b), en lógica consecuencia con el contenido de la Directiva 2004/18/CE. A esta deducción se puede llegar a la vista de lo dispuesto dentro del Anexo II de la misma, en cuya categoría 8 aparecen los “servicios de investigación y desarrollo”, con lo que la misma Ley se está refiriendo a los contratos de investigación y desarrollo como contratos de servicios.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, cuestión distinta a analizar aquí es el régimen jurídico aplicable a este tipo de contratos. Según parece resultar de la consulta, los contratos objeto de control por parte de la Intervención comprenden varias prestaciones, por lo que podríamos encontrarnos ante un contrato mixto. En este caso, se aplicaría aquí lo dispuesto dentro del artículo 12 del TR de la Ley de Contratos del Sector Público, con la interpretación que esta Junta viene dándole, referida al precepto regulador de la cuestión en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en concreto su artículo 32.2 y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Pública en su artículo 52, precedentes de la regulación de tal aspecto en la anterior Ley de contratos del sector público, en los informes, entre otros, 24/96, de 30 de mayo de 1996, y 31/04, de 12 de noviembre de 2004, de manera que esta Junta considera que el artículo 6 de la antigua Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, equivalente al actual artículo 12 del TR de la Ley de Contratos del Sector Público, supone que *“en los contratos mixtos la prestación más importante desde el punto de vista económico determina la aplicación total de las normas que definen su régimen jurídico sin que quepa acudir a las relativas a otro tipo de contratos”*. Hay que destacar que el ámbito del criterio de la prestación económicamente más relevante ha quedado limitado en el actual artículo 12 a la determinación del régimen jurídico aplicable a la adjudicación, debiéndose aplicar la denominada técnica de la yuxtaposición de regímenes jurídicos en lo que se refiere a la preparación y ejecución del contrato. Así, de considerarse la aplicación de la normativa correspondiente a los contratos de servicios, en función de la importancia económica de sus prestaciones, el régimen jurídico aplicable sería el de este tipo de contratos, si bien sólo referido a la adjudicación del contrato en cuestión.

5. Respecto de la segunda pregunta, se plantea si pueden entenderse íntegramente remunerados por el órgano de contratación, según la previsión contenida en el artículo 13, 2, b) de la LCSP (hoy TRLCSP), aquellos contratos para los que se haya recibido ayuda o subvención de la Unión Europea o de una entidad nacional.

Para resolver esta cuestión, de nuevo debemos volver a la Guía sobre Compra Pública Innovadora. Esta Guía contempla en diversos procedimientos la articulación del procedimiento de contratación con el otorgamiento de ayudas de carácter nacional, en concreto, ayudas otorgadas por el CDTI a los proyectos que se presenten por los licitadores, siendo éste el único régimen de ayudas que se está aplicando de momento en la práctica en este ámbito. Con la finalidad de contribuir al desarrollo de proyectos innovadores se prevé que en los procedimientos distintos al diálogo competitivo, la incorporación de la financiación CDTI a los procesos de compra pública deberá ir precedida de la inclusión de ciertas cláusulas orientadas a informar sobre las posibilidades de financiación y los requisitos necesarios para acceder a ella. Para permitir que el CDTI pueda examinar la documentación y otorgar la financiación se recomienda el establecimiento de plazos amplios para evaluar las ofertas. En el mismo sentido se introducen propuestas de clausulado al respecto. En el caso de los procedimientos de diálogo competitivo se prevé que en caso de resultar necesaria la realización de actividades de I+D para desarrollar el producto o servicio objeto de la licitación, las empresas candidatas seleccionadas en la licitación podrán recibir financiación de una entidad financiadora de la I+D, a través de un procedimiento de análisis o concesión acelerado diseñado al efecto. Esta posibilidad de financiación deberá incluirse en el anuncio de licitación, y si procede el programa funcional. A tal efecto, con carácter previo se establecerá un Marco de colaboración entre la entidad financiadora de las actividades de I+D+i y el comprador público. En ambos casos se trata de procedimientos que, aunque se articulan como independientes -ya que, por ejemplo, el no resultar adjudicatario en un procedimiento de contratación no implica que pueda ser destinatario de la ayuda-, entre ellos se producen interferencias que deben ser analizados desde el punto de vista de los principios que rigen la contratación pública. El problema no es la posible existencia de una oferta con una ayuda estatal, ya que la propia normativa de contratación prevé

esta posibilidad, sino que a través de los mecanismos que se establecen en el propio procedimiento de contratación pueda darse un trato preferente a determinados licitadores frente a otros, en contra de los principios de igualdad de trato y no discriminación. En este sentido podría entenderse que se está vulnerando los citados principios si a través del procedimiento de contratación se facilita el acceso a la financiación del CDTI, de la cual sólo pueden beneficiarse los licitadores españoles. Para resolver esta cuestión caben dos opciones, se podría hacer extensiva la posibilidad de financiación del CDTI a todos los posibles licitadores, con independencia de su nacionalidad o bien las condiciones de la relación del órgano de contratación con el CDTI deberían hacerse extensivas a cualquier Administración u organismo susceptible de financiar los proyectos de contratación en el procedimiento de que se trate.

A la vista de lo señalado anteriormente, podemos llegar a la conclusión de que el otorgamiento de ayudas en los términos expuestos, no obsta a la aplicación de la previsión contenida dentro del artículo 13, 2, b) del TR de la LCSP.

6. Por último, respecto de la tercera cuestión planteada por la consulta, sobre si existe o no reserva de resultados por el simple hecho de que se activen en el balance de situación los gastos correspondientes o, por el contrario, es preciso, además, que se haya registrado la correspondiente propiedad industrial, la pregunta formulada versa sobre un tema estrictamente contable, sobre el que la Junta Consultiva no tiene atribuciones para pronunciarse por exceder del ámbito estrictamente jurídico sobre el que tiene facultades de asesoramiento como órgano consultivo del Estado. Por tal motivo, no podemos pronunciarnos sobre esta cuestión.

CONCLUSIONES:

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que:

- La exclusión del artículo 13, 2, b) abarca exclusivamente los contratos de servicios de investigación y desarrollo.
- el otorgamiento de ayudas en los términos expuestos en el apartado 5 del presente informe, no obsta a la aplicación de la previsión contenida dentro del artículo 13, 2, b) del TR de la LCSP.
- no podemos pronunciarnos sobre la última cuestión planteada por tratarse de un tema contable que excede de la interpretación jurídica que debe ser ofrecida por esta Junta Consultiva.