

**Compras Públicas de Tecnología.  
Necesidad de un Marco Jurídico en España**

**Febrero de 2004**



## INDICE

<b>Presentación.....</b>	<b>5</b>
<b>Resumen.....</b>	<b>7</b>
<b>1. Introducción: Conceptos relativos a las compras públicas de tecnología y a la I+D.....</b>	<b>13</b>
<b>2. Objeto del Informe.....</b>	<b>15</b>
<b>3. Contratos para la adquisición de un futuro bien, obra o servicio tecnológicamente nuevo o mejorado.....</b>	<b>19</b>
<b>4. Contratos de I+D con subsiguiente aplicación de resultados en bienes, instalaciones piloto u obras o servicios, también objeto de estos contratos.....</b>	<b>23</b>
<b>4.1. Contratos de investigación aplicada con promesa de adjudicación de un posterior contrato de suministro, obra o servicio.....</b>	<b>23</b>
<b>4.2. Contratos mixtos de investigación aplicada y eventual ejecución de prestaciones que incorporen una obra, bien o servicio nuevos o mejorados...</b>	<b>24</b>
<b>5. Contratos para el desarrollo de software a medida.....</b>	<b>31</b>
<b>6. Resumen del análisis de viabilidad de supuestos de compras públicas como instrumentos de fomento a la innovación tecnológica.....</b>	<b>33</b>
<b>7. Hacia una flexibilización de procedimientos en el Derecho europeo.....</b>	<b>35</b>
<b>8. Conclusiones.....</b>	<b>37</b>
<b>Apéndice 1. Contratos para la realización de I+D y contratos de colaboración en apoyo a proyectos de I+D pública.....</b>	<b>39</b>



## **PRESENTACIÓN**

Cotec aborda en este estudio el marco legal en el que se desenvuelven las compras públicas de tecnología en España. El interés de Cotec por este instrumento para la política tecnológica, que ha mostrado su eficacia en los países desarrollados, ha sido constante desde los primeros años de su existencia. En 1998, y en esta misma Colección, se publicó un Estudio en el que se apuntaban una serie de ideas y datos relevantes como punto de partida para una reflexión, ya necesaria en aquellos momentos.

La importancia de este instrumento para la innovación se deriva de su objetivo que no es la simple adquisición de algo ya existente en el mercado (compras públicas regulares), sino la incorporación de nueva tecnología para conseguir bienes, obras o servicios más ventajosos. Esto le otorga un valor especial para dinamizar la innovación tecnológica en todos los sectores empresariales y por esta razón, son muchos los países que comparten esta preocupación por adecuar sus normativas a la contratación pública de tecnología, preservando la transparencia e imparcialidad tradicionales.

Este Estudio se originó en la Comisión de Promoción de la Innovación de Cotec, que definió su contenido, con la participación especial de Carlos Bosch (Grupo Dragados), Higinio González-Mayo (OHL) y Vicente Quilez (Alcatel). El trabajo ha sido responsabilidad del abogado Don Rafael Juristo, que ha contado con el apoyo de las personas citadas más arriba y de: Carlos Fernández Fernández (Indra), Alfonso González Hermoso de Mendoza (Consejería de Educación – CAM), José Manuel Guinea (Necso), Luis Martín Arregui (El Corte Inglés), Juan Francisco Mestre (UPV), M<sup>a</sup> Josefa Montejo, Rocío Oliveras (Grupo Dragados), Manuel de la Peña (OHL) y Santiago Polo (El Corte Inglés), que formaron un grupo de trabajo con este fin.

Cotec quiere manifestar su agradecimiento a todos estos expertos por su dedicación.

Cotec, febrero 2004



## RESUMEN

Existen bastantes ejemplos que muestran cómo, desde hace años, los gobiernos de algunos países han actuado por medio de las compras públicas como impulsores de la innovación tecnológica. Sus programas de compras han propiciado el adelanto en la disponibilidad de bienes, obras y servicios con tecnología nueva y que han procurado mayores ventajas a sus administrados. Estas compras de las administraciones públicas, exigentes en tecnología nueva se conocen como “*compras públicas de tecnología*” y deben considerarse de manera diferente a aquellas habitualmente realizadas para adquirir productos o servicios, ya afectados en el mercado, o para ejecutar obras de acuerdo con un proyecto previamente determinado y valorado, compras que se pueden calificar como “*compras públicas regulares*”.

En este informe se analiza si la legislación administrativa española de contratación pública permite las “*compras públicas de tecnología*”. Y ello por la importancia que tiene este tipo de adquisiciones no sólo para imprimir una mayor celeridad en la modernización de la gestión y los recursos públicos, sino también para dinamizar la innovación tecnológica en los sectores empresariales.

El análisis se desarrolla estudiando la posible validez de distintos supuestos de contratación, todos ellos para la compra de pedidos que impliquen la creación de tecnología nueva. De estos exámenes se extraen una serie de conclusiones que evidencian la falta de idoneidad de la legislación actual para este tipo de compras y la necesidad de flexibilización de los distintos procedimientos, que ya se está acometiendo por otras Administraciones. En lo que sigue, se recoge de forma somera la casuística de cada supuesto y se incluyen las conclusiones más relevantes del estudio.

### **Contratos para la adquisición de bienes obras o servicios futuros tecnológicamente nuevos o mejorados**

Este supuesto contempla posibles contratos para la adquisición de algo inexistente en el momento de la celebración y cuya materialización, que no hay certeza de conseguir, requiere la creación de tecnología nueva.

Esa aleatoriedad no sería un impedimento para la celebración de los contratos, si éstos estuvieran sujetos al Derecho civil, ya que sus normas permiten que del riesgo de la inexistencia de la cosa futura participe también el vendedor, transformando su precio en una compensación por la actividad desarrollada para intentar crearla. Este derecho también permite celebrar contratos bajo condición suspensiva, ligada a un plazo, de que la

cosa fuera viable, al transcurso del cual, si no lo fuera, el contrato quedaría resuelto.

En el Derecho de la contratación administrativa, no se admiten contratos aleatorios, ni contratos sin certeza de precio, ni tampoco bajo condición suspensiva. Los contratos públicos han de tener un objeto determinado y un precio cierto, condición que no cumplen los contratos para la adquisición de bienes obras o servicios futuros tecnológicamente nuevos o mejorados, por lo que esta vía para la realización de “*compras públicas de tecnología*” no sería posible en la legislación vigente.

### **Contratos de I+D con subsiguiente aplicación de resultados en bienes obras o servicios también objeto de estos contratos**

Conviene distinguir para el análisis de viabilidad de esta contratación, dos posibles maneras de llevarla a efecto: un primer procedimiento en el que la compra pública se sustentaría en dos contratos sucesivos, quedando recogido en el primer contrato el compromiso de suscribir el siguiente, y otro procedimiento que se sustentaría en un único contrato que recogería tanto la I+D a realizar, como la adquisición de los bienes, obras o servicios que incorporasen los resultados de ésta.

El primer procedimiento, es decir un contrato de investigación con promesa de adjudicación de un posterior contrato no parece tener cabida en la actual legislación de contratación administrativa por chocar contra uno de sus pilares básicos, como es el principio de concurrencia.

En cuanto al segundo de los procedimientos, que se sustenta en un contrato único que recoge las dos prestaciones, tendría su correspondencia en la legislación del Derecho de contratación administrativa en el denominado contrato mixto, para el que se establece que para su calificación y regulación se atenderá al carácter de la prestación que tenga mayor importancia económica

En el caso de un contrato de investigación y eventual ejecución de obra, las normas serían por tanto las del contrato de obra, que son muy exigentes en cuanto a la precisión del objeto del contrato, lo que también se garantiza por medio del replanteo previo a la adjudicación del contrato. Los proyectos de obras suelen ser además de ejecuciones de planes o programas de inversiones que no pueden quedar condicionados a la obtención de eventuales soluciones tecnológicas como resultado de una investigación previa. El planteamiento de una eventual ejecución de obra lleva asociada a la indeterminación de su objeto inicial una importante incertidumbre del precio, ya que sería difícil el establecimiento de un presupuesto, aunque

fuera como máximo. Estas características hacen que los contratos mixtos de investigación y eventual ejecución de obra no tengan cabida en el Derecho de contratación administrativa.

Sí podrían tenerla, tanto el contrato único de investigación y eventual suministro de bien, como el de investigación y eventual prestación de servicio, siempre que se tomaran especiales precauciones para tratar de solventar la inconcreción del objeto del contrato y la incertidumbre del precio final. La determinación del objeto de estos contratos en cuanto a las actividades de investigación podría hacerse no por referencia a una cosa concreta sino respecto al tipo de actividad a desarrollar. Pero lo que es más importante, la determinación del objeto de la segunda prestación, si se tratara del suministro de un bien, tampoco tendría que presentar problema siempre que se hiciera por referencia a una clase, tipo o género definido por algunas características básicas. Tampoco parece difícil la determinación del objeto para la prestación del servicio, ya que la supuesta innovación que incorporaría no sería en cuanto al servicio, sino en cuanto a los medios para prestarlo cuya inconcreción no parece que pudiera llegar a ser absoluta, sino sólo respecto a los que se aportaran a resultados de la investigación. Si fracasara la investigación previa, en ambos casos, sea la prestación final un bien o un servicio, el contrato quedaría sin efecto por falta de objeto, pero sería legítimo pactar una indemnización que cubriera los costes de investigación. Por lo que respecta al principio de precio cierto, sería necesario, también en los dos casos, establecer cuando menos un presupuesto máximo.

### **Contratos para el desarrollo de *software* a medida**

Aún cuando estos contratos tienen cabida en los contratos de servicios contemplados en la normativa del Derecho de la contratación administrativa, sin embargo, la normativa establece restricciones que impiden concurrir a las licitaciones a las empresas que hayan participado en las especificaciones, lo que puede ser un obstáculo para la aportación de nuevos requisitos tecnológicos.

Otro aspecto problemático es el del límite presupuestario que la legislación impone para las actualizaciones del *software*, lo que puede impedir o retardar nuevos desarrollos de interés público.

**Cuadro sinóptico: Análisis de supuestos de contratación para compras públicas de tecnología**

<b>PRESTACIÓN</b>	<b>REGULACIÓN</b>	<b>IMPEDIMENTOS O DIFICULTADES</b>
<b>Venta de un bien futuro tecnológicamente nuevo o mejorado</b>	No tiene cabida en la actual legislación de contratación administrativa	En el Derecho de la contratación administrativa no se admiten contratos aleatorios por contemplarse futuros objetos cuya realidad acaso nunca sea posible, ni contratos sin precio cierto ni tampoco bajo condición suspensiva. Habría que modificar la LCAP <sup>1</sup> para flexibilizar las exigencias de objeto determinado y precio cierto así como para regular el procedimiento de selección de ofertas, quizás dando primacía al negociado. También habría que modificar la LGP <sup>2</sup> para poder contraer obligaciones en las que el gasto que de ellas se deriva pueda estar respaldado por un crédito que cubriera el coste de una futura prestación hasta un cierto límite
<b>Ejecución de una obra (sea o no prototipo) tecnológicamente nuevas o mejoradas</b>	No tiene cabida en la actual legislación de contratación administrativa	
<b>Provisión de un servicio futuro tecnológicamente nuevo o mejorado</b>	No tiene cabida en la actual legislación de contratación administrativa	
<b>Investigación aplicada con promesa de adjudicación de un posterior contrato de suministro, obra o servicio</b>	No tiene cabida en la actual legislación de contratación administrativa	Choca con el principio de concurrencia
<b>Investigación aplicada y ejecución eventual de una obra nueva o mejorada que incorpore los resultados de la investigación</b>	No tiene cabida en la actual legislación de contratación administrativa por ser el contrato de obra muy exigente en la determinación del objeto y la certeza del precio	Para la aplicación del contrato público de obra sería necesario modificar las exigencias de determinación inicial del objeto y de su consiguiente valoración

<sup>1</sup> LCAP: Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

<sup>2</sup> LGP: Ley General Presupuestaria

<b>PRESTACIÓN</b>	<b>REGULACIÓN</b>	<b>IMPEDIMENTOS O DIFICULTADES</b>
<b>Investigación aplicada y venta eventual de un bien nuevo o mejorado que incorpore los resultados de la investigación</b>	Contrato mixto regulado por las normas del contrato de suministro de cosa futura con establecimiento de precio máximo y pacto indemnizatorio para el caso de que el contrato se resuelva por fracaso de la investigación previa	Incertidumbre ligada a la propia consecución y al precio final
<b>Investigación aplicada y prestación eventual de un servicio nuevo o mejorado que incorpore los resultados de la investigación</b>	Contrato mixto regulado por las normas del contrato de servicio con establecimiento de precio máximo y pacto indemnizatorio para el caso de que el contrato se resuelva por el fracaso de la investigación previa	Incertidumbre ligada a la propia consecución y al precio final
<b>Desarrollo de <i>software</i> a medida</b>	Contrato de servicios	En el Derecho de la contratación administrativa se establecen restricciones que impiden acudir a las licitaciones a las empresas que hayan participado en las especificaciones. Además también se limita el precio de posibles actualizaciones y mejoras. Ambas restricciones inciden negativamente en la innovación tecnológica

## Conclusiones

Las “*compras públicas de tecnología*” no son objeto de una especial consideración en la actual legislación de contrato de las Administraciones Públicas.

La actual legislación empuja a los poderes públicos a posponer la decisión de comprar tecnología hasta que el sector privado o las Administraciones de otros países la hayan creado, perdiendo así la oportunidad de actuar de locomotora de la innovación y dilatando la incorporación de nuevas soluciones tecnológicas que pudieran ser útiles para el bien común. Para evitar esto, se debería reconocer que las “*compras públicas de tecnología*”

son un caso específico de compras públicas y requieren un tratamiento propio con criterios de selección competitivos pero basados en capacidades tecnológicas y habilidades para interactuar y no bajo la base pura de competición en precio. Cualquier otra solución que no sea la de arbitrar una regulación *ad hoc* para las “*compras públicas de tecnología*”, como pudiera ser la modificación parcial de los distintos artículos de la legislación para tratar de solventar las dificultades inherentes a las incertidumbres ligadas a la propia consecución, al precio final y a la calidad del bien futuro, sería una pseudosolución sujeta a un contexto ideado para otro propósito y que por tanto carecería de los grados de libertad necesarios para su desarrollo, dificultando con ello su contribución al fomento de la innovación tecnológica.

## **1. INTRODUCCIÓN: CONCEPTOS RELATIVOS A LAS COMPRAS PÚBLICAS DE TECNOLOGÍA Y A LA I+D**

Las "*compras públicas*" se corresponden en su mayor parte con "*compras regulares*" realizadas para adquirir bienes o servicios disponibles en el mercado, o para ejecutar obras de acuerdo con un proyecto previamente determinado y valorado.

En ocasiones algunas Administraciones, con objeto de obtener las mejores ventajas para sus administrados, realizan también pedidos de bienes o servicios muy exigentes en tecnologías nuevas y todavía no disponibles en el mercado, pero con probabilidad de poder materializarse, en un período razonable. Estos pedidos son los que se conocen como "*compras públicas de tecnología*".

También esta denominación se aplica a los pedidos de ejecución de obras avanzadas que comportan productos, sistemas, procesos o servicios con tecnologías nuevas o mejoradas.

Las "*compras públicas de tecnología*" exigen por tanto soluciones que comportan la creación de tecnología nueva por parte del proveedor, quien deberá acometer las actividades de investigación y desarrollo necesarias conducentes a obtenerla.

La investigación y el desarrollo experimental (I+D) comprende, según el Manual de Frascati<sup>3</sup> de la OCDE, el trabajo creativo llevado a cabo de forma sistemática para incrementar el volumen de conocimientos, incluido el conocimiento del hombre, la cultura y la sociedad, y el uso de esos conocimientos para crear nuevas aplicaciones. Cubre tres actividades: la investigación básica, la investigación aplicada y el desarrollo experimental.

Según ese mismo Manual, la investigación básica consiste en trabajos experimental o teóricos que se emprenden principalmente para obtener nuevos conocimientos acerca de los fundamentos de los fenómenos y hechos observables, sin pensar en darles ninguna aplicación o utilización determinada. Esta investigación es objeto de atención particularmente en las universidades y los organismos públicos de investigación y también en algunas fundaciones sin ánimo de lucro.

La investigación aplicada consiste también en trabajos originales realizados para adquirir nuevos conocimientos; sin embargo está dirigida

---

<sup>3</sup> El Manual de Frascati reúne recomendaciones y principios generales para la recolección e interpretación de datos de I+D y es referencia mundial para las encuestas de I+D.

fundamentalmente hacia un objetivo práctico específico. Se realiza tanto en centros públicos de investigación como en empresas, por lo general de tamaño grande.

Finalmente, el desarrollo experimental consiste en trabajos sistemáticos, que aprovechan los conocimientos existentes obtenidos de la investigación y/o la experiencia práctica, y está dirigido a la producción de nuevos materiales, productos o dispositivos; a la puesta en marcha de nuevos procesos, sistemas y servicios, o a la mejora substancial de los ya existentes. Es el campo natural de la investigación privada.

## 2. OBJETO DEL INFORME

Las Administraciones Públicas, como es sabido, constituyen una importante fuerza de demanda del mercado. Su función de servicio permanente a los ciudadanos se traduce en constantes pedidos de bienes, servicios y obras para facilitar el desarrollo social y económico. En la Unión Europea, las denominadas "*compras públicas*" representan aproximadamente el 16 % del PIB<sup>4</sup>.

Ya desde hace años en algunos países, la Administración en su papel de componente fundamental del sistema nacional de innovación, ha utilizado las "*compras públicas*" como un instrumento de impulso a la innovación tecnológica. Quizás el ejemplo más evidente es el de Estados Unidos que, mediante sus programas de Defensa y otros programas civiles interesados en una mayor atención a los administrados, ha propiciado la aparición de novedades tecnológicas que se han ido incorporando a productos de mercado. En Europa, este instrumento ha sido prácticamente ignorado por la mayoría de los gobiernos y sólo recientemente se observa una atención creciente para adaptar las legislaciones tradicionales de regulación de las "*compras públicas*", establecidas en un contexto muy diferente de la realidad actual, a unas necesidades muy dinámicas e intensivas en tecnología, características de la nueva economía basada en el conocimiento.

En línea con esa tendencia, existe en nuestro país una preocupación en la Administración del Estado por utilizar las "*compras públicas de tecnología*", como una herramienta de política tecnológica, junto a otras como pueden ser las subvenciones o los incentivos fiscales, y es por esto que en el presente informe se estudiará si en la legislación española de contratación administrativa existen cauces adecuados para favorecer la innovación tecnológica y, más concretamente, si contempla la posibilidad de que la Administración pueda contratar directamente con las empresas la adquisición de bienes o servicios tecnológicamente nuevos o mejorados que todavía no existan o que no estén disponibles y con riesgo de que puedan no llegar a existir por no haberse podido conseguir la tecnología adecuada.

---

<sup>4</sup> CE, COM (2003) 226 final, Bruselas 30.4.2003

Es decir se trata de ver si en la legislación administrativa española son posibles las compras públicas de tecnología. Para ello, se analiza en los capítulos siguientes la posible validez de dos hipotéticos cauces, con distintas variantes, para compras de tecnología perteneciente a cualquier campo, y de un tercer posible conducto para las compras de tecnología del área informática (*software*). En concreto se estudia la legalidad en la actual legislación de contratos de las Administraciones Públicas de:

- La contratación pública para la adquisición de bienes, obras o servicios futuros (inexistentes en el momento de la contratación) que incorporen tecnología nueva. (Capítulo 3).
- La contratación pública para la realización de I+D y la adquisición de bienes, obras o servicios que incorporen sus resultados, instrumentada bien sea mediante dos contratos sucesivos, siendo el segundo de ellos un compromiso recogido en el primero, o bien por medio de un contrato único que contemple las dos fases. (Capítulo 4).
- La contratación pública para la creación de software a medida. (Capítulo 5).

En el capítulo 6, se presenta un cuadro que resume los resultados de los análisis realizados, mostrando cuales son las dificultades que impiden la aplicación de algunas de estas vías para “las compras públicas de tecnología” e indicando para algunas de las vías que sí podrían utilizarse, cuales serían las disposiciones cautelares que sería conveniente incluir en los contratos.

El capítulo 7 aporta información sobre la tendencia hacia la flexibilización de procedimientos en el Derecho europeo de contratación administrativa, con el objetivo de permitir una mayor colaboración de las empresas con las Administraciones en la definición de medios para alcanzar objetivos u obtener resultados, lo que estimulará la competencia en la búsqueda y aportación de nuevas tecnologías.

Las conclusiones de este informe sobre las posibilidades que ofrece la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para celebrar los que tengan por objeto prestaciones que creen tecnología nueva, son objeto del último capítulo.

El informe también incluye un apéndice dedicado a contratos de I+D y contratos de colaboración en apoyo a proyectos de I+D pública. Si bien la finalidad de estos contratos no es la instrumentación de una compra pública,

razón por la cual se presentan fuera del texto principal del informe, su gran valor como instrumento de política tecnológica para el impulso de la innovación ha movido a su inclusión de manera breve en el documento.



### **3. CONTRATOS PARA LA ADQUISICIÓN DE UN FUTURO BIEN, OBRA O SERVICIO TECNOLÓGICAMENTE NUEVO O MEJORADO**

La Administración pudiera contratar a las empresas la compra o adquisición de bienes, la ejecución de obras (constituyan o no un prototipo) o la prestación de servicios que todavía no existen y cuya creación debería intentar la empresa mediante un desarrollo experimental sin certeza de lograrlo. Existe, pues, una incertidumbre inicial sobre la futura existencia del bien, ejecución de la obra o prestación del servicio. Nótese que el posible contrato que ahora se contempla no lo constituye un proyecto, solución o idea cuyo desarrollo se contrate tras un concurso previo (artículo 216 TRLCAP), pues lo constituye, desde el momento de su celebración, el resultado de una prestación cuyo buen fin no se puede garantizar de antemano.

#### Contrato civil para la adquisición de un futuro bien tecnológicamente nuevo o mejorado

Si el objeto del contrato es la entrega de un bien futuro, y el precio tuviera que pagarse aunque no llegara a tener existencia, se estaría ante una venta de esperanza. La doctrina civil distingue entre la venta de cosa futura propiamente dicha (*emptio rei speratae*) y la venta de mera esperanza de obtenerla (*emptio spei*); en la primera el pago del precio se condiciona a que llegue a tener existencia la cosa en los términos previstos o con la calidad pactada, es decir, se está ante una venta sometida a condición suspensiva, de suerte que si la condición no se cumple, el contrato queda resuelto; en la segunda, el precio pactado tendrá que pagarse aunque la cosa no llegue a tener existencia, de modo que el contrato es aleatorio. Sólo se suprime la aleatoriedad, si del riesgo de la inexistencia de la cosa futura participara también el vendedor, transformando el precio en una compensación por la actividad desarrollada para intentar crear el bien. En todo caso, los clásicos ejemplos de esta clase de compraventa, se refieren a situaciones en las que la aleatoriedad procede de condiciones que escapan del control humano, las cuales pueden impedir la existencia del bien, mientras que en el contrato que ahora se contempla, la aleatoriedad también procede del esfuerzo humano en la investigación, el estudio, la habilidad, etc.

### Contrato civil para la ejecución de una obra tecnológicamente nueva o mejorada

Si el objeto del contrato es una futura obra, definida, no por medio de un proyecto con una o varias soluciones, sino estableciendo solamente su tipología y características generales en función del fin al que se le destinaría, en Derecho civil el contrato seguiría siendo de obra, aunque ésta se fuera definiendo progresivamente, con tal de que el cumplimiento del contrato no quedara completamente al arbitrio de alguna de las partes (lo que prohíbe el artículo 1.256 CC) y siempre que pudiera exigirse la entrega de la obra como resultado prometido, a cambio de un precio. En rigor, todo contrato de obra, privado o público, lo es de obra futura, porque en el momento de celebrarlo sólo puede estar definida idealmente en un proyecto, no tiene existencia real. Por tanto, es concebible en Derecho civil, un contrato con un mínimo de definición inicial, siempre que el objeto sea determinable sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes (artículo 1273 CC). Ahora bien, si la obra innovadora que se ha prometido no resulta finalmente posible, es claro que no habrá obligación de pagar el precio porque éste se devenga sólo cuando la obra se entrega. Por ello, un contrato en estos términos nunca sería realmente aleatorio, porque el precio sólo sería exigible con la terminación y entrega de la obra, a diferencia de lo que puede ocurrir con la venta de esperanza.

En Derecho civil, también podrían celebrar las partes un contrato bajo la condición suspensiva, ligada a un plazo, de que la obra fuera viable, de manera que si dicho plazo transcurriese y se demostrara que la obra no lo es, el contrato quedaría resuelto, pudiendo establecerse pactos adicionales sobre el pago de los trabajos de diseño que hubiera asumido en su caso el empresario y los de pura ejecución que en ese plazo pudieran haberse ejecutado.

### Contrato civil para la prestación de un futuro servicio tecnológicamente nuevo o mejorado

En fin, se puede concebir un contrato civil relativo a la prestación de un determinado servicio que incorpore una futura tecnología, lo que se haría normalmente bajo la condición suspensiva, ligada a un mayor o menor plazo, de que se consiga el resultado en los medios o los procedimientos que se hayan determinado al menos en cuanto a tipo o a función a desempeñar, con los efectos propios del cumplimiento o incumplimiento de este tipo de condiciones.

### Imposibilidad de los contratos de este tipo en el Derecho de la contratación administrativa.

Si nos situamos ahora en el Derecho de la contratación administrativa, se verá enseguida que en él no se admiten contratos aleatorios, ni contratos sin certeza de precio, ni tampoco bajo condición suspensiva.

En la TRLCAP<sup>5</sup> los contratos de suministros, obras y servicios, al igual que los de consultoría y asistencia, son conmutativos, esto es, son contratos en los que cada parte tiene en cuenta la adquisición de un equivalente de su prestación, pecuniariamente apreciable y bien determinado desde el momento de la celebración del contrato, y de ahí que en sus artículos 13 y 14, se establezcan como principios básicos de esta contratación, los de determinación del objeto del contrato (y por tanto su posibilidad o viabilidad) y certeza del precio.

El artículo 13 TRLCAP establece que *<<el objeto de los contratos deberá ser determinado y su necesidad para los fines del servicio público correspondiente se justificará en el expediente>>*; por su parte, el artículo 14 TRLCAP dice que *<<los contratos tendrán siempre un precio cierto, que se expresará en moneda nacional, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria octava [se refiere a la equivalencia en euros], y se abonará al contratista en función de la prestación realmente efectuada y de acuerdo con lo convenido>>*.

Estos principios básicos de la contratación administrativa se asientan a su vez en los principios presupuestarios que condicionan todo compromiso de gasto a la existencia de crédito que ha de destinarse a una finalidad específica y por un determinado importe, como así lo establecen los artículos 43, 59 y 60 de la Ley General Presupuestaria (LGP). Y la variante de contrato sujeto a condición suspensiva, tampoco es concebible, porque también se daría una indeterminación del objeto del contrato que impediría conocer desde un principio el precio cierto a pagar.

Sería pues necesario que se modificara antes que nada la LGP, para que en ella se admitiera que se pueden contraer obligaciones en las que el gasto que de ellas se deriva pueda estar respaldado por un crédito que cubriera el coste de una futura prestación hasta un cierto límite. Obviamente también habría que modificar la LCAP no sólo para flexibilizar sus exigencias de objeto determinado (y posible) y precio cierto, sino también para regular el procedimiento de selección de ofertas, quizás dando primacía al negociado.

---

<sup>5</sup> TRLCAP: Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Dada pues la imposibilidad derivada de las normativas de la LGP y del TRLCAP para que la Administración pudiera fomentar la innovación tecnológica por medio de compras públicas de bienes, servicios u obras futuros que incorporen tecnología nueva, se estudia en el capítulo siguiente otra casuística para analizar si existen cauces alternativos que posibiliten la utilización de las <<*compras públicas de tecnología*>> como instrumento de apoyo a la innovación.

#### **4. CONTRATOS DE I+D CON SUBSIGUIENTE APLICACIÓN DE RESULTADOS EN BIENES, OBRAS O SERVICIOS, TAMBIÉN OBJETO DE ESTOS CONTRATOS**

Partiendo de que la investigación aplicada pudiera ser objeto de “*compras públicas*”, por estar dirigida fundamentalmente a un objetivo práctico específico que puede interesar aplicar a la Administración, caso de alcanzarse, se analizan a continuación dos posibles casos. El primero estudia si la compra pudiera hacerse a través de contratos con empresas para que investiguen sobre una determinada materia, con el compromiso o promesa por parte de la Administración de contratar posteriormente con ellas la adquisición de bienes, la realización de instalaciones piloto u otras obras o la prestación de servicios, en los que se apliquen los posibles resultados de la investigación. El segundo caso analiza si la compra pudiera hacerse por medio de un único contrato mixto cuyo objeto sea la investigación aplicada y la entrega del bien, ejecución de la obra o prestación del servicio, si de la investigación resulta un nuevo conocimiento aplicable a estas prestaciones.

##### **4.1. Contratos de investigación aplicada con promesa de adjudicación de un posterior contrato de suministro, obra o servicio.**

Un contrato de investigación con promesa de adjudicación de un posterior contrato, tampoco parece que tenga cabida en la actual legislación de contratación administrativa porque choca contra el principio de concurrencia que es uno de sus pilares básicos (artículo 14 TRLCAP), pues en definitiva se estaría prometiendo la adjudicación de un futuro contrato incluso sin recurrir al procedimiento negociado, ya que aun en esta forma especial de selección de ofertas, la Administración puede negociar libremente el contrato, lo que no podría en este caso si ya se encontrara atada por una promesa previa cuyo cumplimiento le pudiera ser exigido, aparte de que tales promesas o precontratos no se admiten respecto a los típicos contratos de obra, gestión de servicios públicos, suministros, consultoría y asistencia, y servicios.

Lo que sí podría darse es que los resultados que acaso se obtuvieran por medio de un contrato de investigación o estudio, quedaran protegidos por derechos de propiedad industrial o intelectual que se le reconocieran a la empresa si así se ha pactado en el contrato, pues entonces el respeto a tales derechos de exclusividad puede obligar a que se tenga que acudir al procedimiento negociado para contratar con ella el bien, obra o servicio en el que necesariamente se apliquen los resultados protegidos de esa forma (artículos 141, 182 y 210 TRLCAP). No obstante, se observa que en la generalidad de contratos al uso, la Administración se reserva esos posibles derechos exclusivos. Así, por ejemplo, en el pliego de cláusulas

administrativas generales para la contratación de estudios y servicios, de 8 de marzo de 1972, se establece que son propiedad de la Administración los trabajos que realice el consultor en cualquiera de sus fases, si bien cabe que en un pliego de cláusulas particulares se pacte lo contrario (artículo 50 TRLCAP).

Con todo, aun siendo posible el pacto que reconozca a la empresa derechos de exclusividad, esto no se dará fácilmente en la práctica porque particularmente en los contratos de suministros de cosas genéricas o de obras que no revistan una especial naturaleza, puede no ser determinante la existencia de derechos exclusivos, ya que no cabe definir de antemano el objeto del contrato por referencia a patentes, marcas o tipos, ni aludir a un origen o producción determinado, por prohibirlo terminante el artículo 52 TRLCAP.

#### **4.2 Contratos mixtos de investigación aplicada y eventual ejecución de prestaciones que incorporen una obra, bien o servicio nuevos o mejorados**

Se trata de ver ahora si el TRLCAP admitiría la posibilidad de celebrar un único contrato cuyo objeto fuera efectivamente, en una primera etapa, investigar si es factible la consecución de determinados objetivos o resultados tecnológicamente novedosos y, caso de que efectivamente se obtuvieran, quedar obligada la empresa a entregar el bien, ejecutar la obra o prestar el servicio aplicándolos convenientemente. Es decir, se estaría ante un único contrato de etapas sucesivas, a base de una primera de prestación de investigación inicialmente definida y otra posterior, pero eventual en su realización, consistente en la entrega de un bien, la ejecución de una obra o la prestación de un servicio.

#### Subordinación a los principios de determinación del objeto y certeza del precio.

Contratos administrativos con prestaciones sucesivas propias de otros contratos tipos se dan en el TRLCAP, como es el caso de la concesión de obra y subsiguiente explotación del servicio (artículo 220 TRLCAP). Pero en el supuesto que se contempla, el primer problema que se plantea es saber si ese tipo o modalidad de contrato único respetaría los principios de la determinación del objeto del contrato y el de certidumbre del precio.

El problema del respeto a esos principios conviene examinarlo teniendo en cuenta la naturaleza de la prestación (suministro de un bien nuevo o mejorado, entrega de una instalación piloto o de una obra nueva o mejorada

o prestación de un servicio nuevo o mejorado) que eventualmente tenga que realizarse tras la etapa de investigación.

Contrato mixto de investigación y eventual instalación piloto o ejecución de obra.

Cuando la investigación que se pide del empresario va encaminada a obtener nuevas soluciones tecnológicas con el compromiso de aplicarlas a una obra, el contrato será mixto porque contemplará la ejecución sucesiva de prestaciones de naturaleza intelectual propias de un contrato de consultoría y asistencia, y otras que son propias de un contrato de obra. Como tal contrato mixto, sería aplicable la norma del artículo 6 TRLCAP, según la cual, *<<cuando en un contrato administrativo contenga prestaciones correspondientes a otro u otros administrativos de distinta clase se atenderá para su calificación y aplicación de las normas que lo regulen, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico>>*. Siendo predecible en este caso que la mayor importancia económica corresponderá a la obra, ésta será la que determine que al contrato se le apliquen las normas del contrato de obra regulado en los artículos 120 y ss. TRLCAP.

Sucede sin embargo que esas normas de aplicación preferente son muy exigentes en cuanto a la determinación del objeto del contrato, pues según el artículo 122 TRLCAP tiene que estar definido con precisión, lo que además se garantiza por medio del replanteo previo a la adjudicación del contrato (artículo 129 TRLCAP), y esto no sólo en cuanto a la viabilidad o bondad intrínseca del proyecto sino también respecto a la disponibilidad del propio emplazamiento de la obra, afección a terceros, etc.

Siendo esto así, si la Administración cuenta ya con un proyecto que cumpla con esas exigencias de viabilidad, no parece que pudiera tener interés en tomarlo como referencia en un contrato mixto de investigación y obra, con el único fin que cabría imaginar, como sería sustituir sus soluciones por otras tecnológicamente novedosas, o mejoradas que eventualmente se descubriesen en la etapa previa de investigación. Y no tendría ese interés porque los proyectos de obras suelen ser ejecución de planes o programas de inversiones que no pueden quedar al albur de que se obtengan eventuales soluciones técnicas. Por otro lado, resultaría difícil sopesar desde una consideración del interés público, si conviene o no sacrificar los gastos que comporta la elaboración de un proyecto y tener todo preparado para llevarlo a la práctica, con el beneficio que pueda reportar una eventual solución tecnológica que conduzca a un proyecto que puede ser muy diferente en sus soluciones.

Con independencia de esas preliminares consideraciones, también se puede advertir que como quiera que en el hipotético contrato mixto, de ejecutarse finalmente una obra, ésta no sería la del proyecto de la Administración, sino la del que cabría llamar proyecto innovador, no se podría cumplir entonces el requisito de la determinación inicial del objeto, y esto también conduciría a una incertidumbre del precio, pues no parece que ya desde un principio se pudiera establecer un presupuesto, aunque fuera como máximo. Sí sería posible pactar una indemnización por los costes de investigación caso de que el contrato finalmente se resolviera.

Por consiguiente, se tendría que modificar el TRLCAP con el fin de que las exigencias de una determinación inicial del objeto del contrato de obra y de su consiguiente valoración, fueran excepcionadas, lo que no parece que sea recomendable introduciendo la excepción en la propia regulación del contrato típico de obra al que son consustanciales la concreción de la obra y la certeza del precio, por lo que sería más conveniente establecer una regulación peculiar para esta modalidad de contrato que contemplara la contratación de investigación aplicada y la eventual ejecución de obra.

#### Contrato mixto de investigación y eventual suministro de bien.

Los resultados que se consigan en una previa investigación, pueden aplicarse en la producción de un bien que compre finalmente la Administración, o en la fabricación del que también ella encargue con sujeción a unas determinadas características que previamente determine. Consecuentemente, la combinación de prestaciones de investigación con las que serían objeto de un contrato de suministro, daría lugar a un contrato mixto que, según el artículo 6 TRLCAP, se regularía por las normas de aquel al que pertenezcan las prestaciones de mayor importancia económica, que en este caso serían las del contrato suministro. Quedarían por tanto excluidas las normas del contrato de consultoría y asistencia que correspondería a la mera actividad de investigación, y que tiene el inconveniente de una corta duración (cuatro años como máximo, según el artículo 198 TRLCAP).

Pues bien, no parece problemático el respeto al principio de determinación del objeto del contrato, en lo que se refiere a las prestaciones de investigación que se concretarían en aquellas actividades que se consideren imprescindibles para poder esperar razonablemente que con ellas se obtendrá un resultado tecnológicamente novedoso, si bien, por sí mismas no lo puedan garantizar; aquí el requisito de la determinación del objeto del contrato se cumple, por tanto, no por referencia a una cosa o bien concretos sino respecto al tipo de actividad a desarrollar.

Pero como en este contrato mixto también se prevé que en una segunda etapa se lleve a cabo la producción o fabricación de un determinado tipo de bien (lo que es el objeto típico de un contrato de suministro, según el artículo 172 TRLCAP) que tendrá que tener la especial calidad que le confieren los resultados de la investigación que eventualmente se consigan, tampoco habrá problema de determinación del objeto del contrato porque es natural que se haga por referencia a una clase, tipo o género más o menos delimitado si se pueden concretar algunas de sus características básicas. La cuestión no parece que sea por tanto de determinación del objeto del contrato, sino de su propia existencia, porque dependerá de que sea viable en función de los resultados previos a conseguir. Esto hace que el contrato de suministro pueda considerarse realmente como de venta de cosa futura, ya que no existe en el momento de contratar su adquisición y cuya realidad va a depender además del éxito de la investigación aplicada preliminar.

Sin embargo, en la hipótesis que se está aquí considerando, parece que un contrato en el que el empresario se obligara a realizar unas tareas de investigación, con la obligación de que el eventual resultado se incorpore a un bien que tendrá que entregar a la Administración a cambio de un precio, no podrá calificarse de compraventa de esperanza (contrato aleatorio) porque si el resultado no se alcanza y el bien no llega a entregarse, no se pagará el precio. Otra cosa es que las partes pudieran pactar una indemnización por el trabajo realizado aunque con él no se haya obtenido un bien útil para el interés público, y cuyo monto podría establecerse de antemano en el contrato.

Por consiguiente, el posible contrato que ahora se examina será más bien de venta de cosa futura en el que, como apunta algún autor, se dan unos efectos preliminares desde que se celebra el contrato y hasta que nace el bien, y después unos efectos definitivos. Entre los primeros se destacan la irrevocabilidad del contrato, y la obligación del comprador relativa al futuro nacimiento del bien, con un doble contenido, como es el negativo de no impedir la obtención del resultado (la innovación y el bien al que se incorpore) y el positivo de cooperar a esa obtención. Los efectos definitivos serán los propios de la venta, y se producen con el nacimiento de la cosa incorporando la innovación conseguida en la primera fase; si el bien no llega a nacer el contrato quedará sin efecto por falta de objeto.

Que en un contrato con la Administración se pacten todos esos efectos, o que tenga ese especial contenido obligacional, parece que tendría pleno apoyo en el artículo 4 TRLCAP (principio de libertad de pactos y en consecuencia de configurar contratos atípicos), como también sería legítimo pactar una indemnización que cubriera los costes de investigación, si

finalmente no se recuperan con el precio caso de que el objeto no llegue a existir.

Por lo que respecta al principio del precio cierto, será necesario cuando menos establecer un presupuesto que determine la suma que como máximo se obligará a pagar la Administración por el bien que adquiera, pues es inexcusable que conste en el expediente de contratación la aprobación del gasto, como así lo requiere el artículo 67 TRLCAP. Una excepción a esta exigencia se hace en el artículo 85 TRLCAP, cuando el contrato se adjudique por procedimiento de concurso en aquellos casos en que <<los proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente por la Administración y deban ser presentados por los licitadores>>. Pero lo que aquí estamos contemplando no es la definición del objeto del contrato por los licitadores, sino por quien ya es parte en el contrato.

#### Contrato mixto de investigación aplicada y eventual prestación de servicio.

Cabe, por último, plantearse la posibilidad de contratos de servicios (previstos en el artículo 196 TRLCAP) en los que la prestación de éstos esté condicionada a que se obtengan unos resultados tecnológicamente novedosos en una primera etapa del contrato que normalmente supondrán ventajas respecto a los procedimientos o formas de prestarlos. El mantenimiento o conservación, por ejemplo, de las obras públicas, puede ser un campo propicio para estimular la innovación tecnológica.

El contrato será también ahora mixto porque sucesivamente se ejecutarán prestaciones propias de los contratos de asistencia o consultoría, y de un contrato de servicios propiamente dicho cuyas normas serán la que predominen para regular su régimen jurídico, una vez de acuerdo con el artículo 6 TRLCAP.

La determinación del objeto del contrato en su primera etapa de investigación no debe plantear problemas porque bastará definir el tipo de actividad y unos objetivos a obtener. Por lo que se refiere a la determinación del servicio que eventualmente se beneficie de un resultado potencialmente innovador, tampoco debe ofrecer dificultad, ya que la supuesta innovación no será en cuanto al servicio mismo, sino en cuanto a los medios para prestarlos cuya concreción no parece que pudiera llegar a ser absoluta, sino sólo respecto a los que se aporten a resultados de la investigación. Consecuentemente, será en este caso más fácil establecer un presupuesto máximo que ya dote de certeza al precio a pagar caso de que el servicio se llegue a prestar con los resultados de la investigación que se consigan en la primera etapa, y también ahora sería admisible un pacto indemnizatorio para

el caso de que el contrato finalmente se resuelva por el fracaso de la investigación previa.

La inviabilidad de un contrato mixto de investigación y eventual gestión de servicio público.

La modalidad como la que se ha contemplado en los tipos contractuales de suministro, obra y servicios, no parece que pueda ser considerada respecto al contrato de gestión de servicio público porque la prestación de servicios de esta naturaleza no puede quedar condicionada de antemano por los resultados que eventualmente se obtengan en fase previa de investigación. Cuando se contrata la gestión de un servicio público es porque ya está organizado y es viable su prestación con la colaboración de un concesionario o por cualquiera otro de los medios que contempla el artículo 156 TRLCAP.



## **5. CONTRATOS PARA EL DESARROLLO DE SOFTWARE A MEDIDA**

La Administración también pudiera realizar una compra pública de *software* no existente en el mercado, pero que es necesario crear para atender mejor algún aspecto de su compromiso con sus administrados. Con ello los poderes públicos estarían fomentando la innovación tecnológica en un campo tan importante de la actual sociedad de la información, como son los programas de ordenador, aspecto en el que nuestro país necesita ganar mercado para situarse a los niveles del resto de países de la Unión Europea.

Este tipo de contrato para el desarrollo de *software* a medida tiene perfecta cabida en la normativa del Derecho de la contratación administrativa y en particular en el contrato de servicios que según el artículo 196.3, apartado d), de TRLCAP incluye aquellos en los que la realización de su objeto sean << *Los programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración, que serán de libre utilización por la misma* >>.

El contrato se adjudicaría de acuerdo con el artículo 208 TRLCAP por procedimiento abierto, restringido o negociado, éste último únicamente en los supuestos señalados en los artículos 209 y 210 TRLCAP.

En el momento decisivo de la adjudicación, la calidad, y más concreto, el valor técnico de la oferta es uno de los posibles criterios que pueden tenerse en cuenta para otorgarla a un determinado licitador, como así lo indica el artículo 86 TRLCAP. Ahora bien, si la competitividad en las ofertas y el *plus* de valoración que puede suponer su alto contenido tecnológico, propician sin duda que las empresas innoven en ese campo, no es menos cierto que en nuestra legislación se aprecian algunos obstáculos a la aportación de nuevas tecnologías por los licitadores o adjudicatarios.

Así, en el artículo 52 TRLCAP que vela por la objetividad de las prescripciones técnicas que se incluyan en los correspondientes pliegos, se dice que <<*en los contratos sometidos a esta Ley no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas relativas a dichos contratos siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre competencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras*>>.

Pues bien, esta prohibición de contratar que se añade a las que pueden considerarse normales o típicas para todo contrato (recogidas en el artículo 20 TRLCAP), es innecesaria y puede traducirse en un obstáculo a la adquisición del nuevo *software*. Es innecesaria porque el control de objetividad de las especificaciones o prescripciones técnicas, debe hacerse, por lógica, cuando la Administración las recibe de un colaborador (antes de iniciarse el expediente del contrato a adjudicar), por lo que no es concebible que existiendo ese control, por mandato del artículo 52 TRLCAP, pueda luego volver a plantearse la cuestión de si dichas especificaciones constituyen o no una restricción a la libre concurrencia o entrañan un trato de favor. Y esa norma también puede ser un obstáculo para la aportación de nuevos requisitos tecnológicos, ya que preferirán las empresas no colaborar con la Administración en la fase preliminar de elaboración de especificaciones técnicas (que hay que entender en sentido amplio), ante el riesgo de verse luego incapacitadas para concurrir a la licitación del contrato, que acaso económicamente sea más de su interés.

Por otra parte, el necesario mantenimiento que todo *software* requiere y en particular el que fuera objeto de compra, no parece que pudiera presentar problema ya que el artículo 196.3 TRLCAP contempla también entre los posibles objetos del contrato de servicios << *El mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes equipos e instalaciones* >>.

Sin embargo, el artículo 193 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP) incluye una norma que puede considerarse restrictiva para la actualización del nuevo *software*, porque al regular la adquisición centralizada de bienes de utilización común, establece la <<*obligación de los adjudicatarios de proponer a la Dirección General del Patrimonio del Estado, la sustitución de los bienes adjudicados por otros que incorporen avances o innovaciones tecnológicas que mejoren las prestaciones o características de los adjudicados, siempre que su precio no incremente en más del 20 por 100 el inicial de adjudicación, salvo que el pliego de cláusulas administrativas hubiera establecido otro límite*>>.

## 6. RESUMEN DEL ANÁLISIS DE VIABILIDAD DE SUPUESTOS DE COMPRAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTOS DE FOMENTO A LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA

PRESTACIÓN	REGULACIÓN	IMPEDIMENTOS O DIFICULTADES
<b>Venta de un bien futuro tecnológicamente nuevo o mejorado</b>	No tiene cabida en la actual legislación de contratación administrativa	En el Derecho de la contratación administrativa no se admiten contratos aleatorios por contemplarse futuros objetos cuya realidad acaso nunca sea posible, ni contratos sin precio cierto ni tampoco bajo condición suspensiva.
<b>Ejecución de una obra (sea o no prototipo) tecnológicamente nueva o mejorada</b>	No tiene cabida en la actual legislación de contratación administrativa	Habría que modificar la LCAP para flexibilizar las exigencias de objeto determinado y precio cierto así como para regular el procedimiento de selección de ofertas, quizás dando primacía al negociado.
<b>Provisión de un servicio futuro tecnológicamente nuevo o mejorado</b>	No tiene cabida en la actual legislación de contratación administrativa	También habría que modificar la LGP para poder contraer obligaciones en las que el gasto que de ellas se deriva pueda estar respaldado por un crédito que cubriera el coste de una futura prestación hasta un cierto límite
<b>Investigación aplicada con promesa de adjudicación de un posterior contrato de suministro, obra o servicio</b>	No tiene cabida en la actual legislación de contratación administrativa	Choca con el principio de concurrencia
<b>Investigación aplicada y ejecución eventual de una obra nueva o mejorada que incorpore los resultados de la investigación</b>	No tiene cabida en la actual legislación de contratación administrativa por ser el contrato de obra muy exigente en la determinación del objeto y la certeza del precio.	Para la aplicación del contrato público de obra sería necesario modificar las exigencias de determinación inicial del objeto y de su consiguiente valoración

<b>PRESTACIÓN</b>	<b>REGULACIÓN</b>	<b>IMPEDIMENTOS O DIFICULTADES</b>
<b>Investigación aplicada y venta eventual de un bien nuevo o mejorado que incorpore los resultados de la investigación</b>	Contrato mixto regulado por las normas del contrato de suministro de cosa futura con establecimiento de precio máximo y pacto indemnizatorio para el caso de que el contrato se resuelva por fracaso de la investigación previa	Incertidumbre ligada a la propia consecución y al precio final
<b>Investigación aplicada y prestación eventual de un servicio nuevo o mejorado que incorpore los resultados de la investigación</b>	Contrato mixto regulado por las normas del contrato de servicio con establecimiento de precio máximo y pacto indemnizatorio para el caso de que el contrato se resuelva por el fracaso de la investigación previa	Incertidumbre ligada a la propia consecución y al precio final
<b>Desarrollo de <i>software</i> a medida</b>	Contrato de servicios	En el Derecho de la contratación administrativa se establecen restricciones que impiden acudir a las licitaciones a las empresas que hayan participado en las especificaciones. Además también se limita el precio de posibles actualizaciones y mejoras. Ambas restricciones inciden negativamente en la innovación tecnológica

## 7. HACIA UNA FLEXIBILIZACIÓN DE PROCEDIMIENTOS EN EL DERECHO EUROPEO

Como se ha visto a lo largo de este informe nuestro Derecho de la contratación administrativa parte de un esquema rígido, podría decirse ya clásico, de subasta - concurso - procedimiento negociado, con lo cual no se tiene la agilidad necesaria para atender a nuevas necesidades.

Un ejemplo de lo contrario lo encontramos en el Derecho francés, que secularmente ha sido fuente de inspiración de nuestros legisladores, pues la reforma del *Code de marchés publics (Cmp)* llevada a cabo por el Decreto de 7 de marzo de 2001, por un lado ya no utiliza el procedimiento de subasta (*adjudication*) a resolver sobre el único criterio del precio más bajo, y por otro lado, el procedimiento de concurso (*appel d'offres*) se ha ampliado para recoger ciertas modalidades que confieren a la Administración mayores posibilidades de obtener la colaboración de las empresas para definir el objeto final del contrato. Especialmente conviene referir la llamada *appel d'offres sur performances*. Según el artículo 36 *Cmp* en este procedimiento la Administración define un programa de necesidades y resultados verificables, y la empresa oferta los medios para alcanzar esos resultados o satisfacer las necesidades. Además, la oferta también puede llevar consigo la definición de un proyecto y su ejecución. El procedimiento se organiza, según el artículo 68 *Cmp*, como un concurso restringido en el que la Administración oye en consulta a cada candidato en condiciones de igualdad, a resultas de la cual (y eventualmente de otra suplementaria) los candidatos pueden precisar, completar o modificar su oferta. Ese diálogo con los candidatos tiene por único objeto definir los medios aptos para satisfacer de la mejor manera las necesidades de la Administración. Por otro lado, esta última no puede elaborar el pliego de cláusulas del contrato combinando elementos propuestos por los distintos candidatos, sin antes comunicárselo para que en su caso puedan modificar la oferta. En fin, el mismo artículo prevé la posibilidad de pagar unas primas a todos los candidatos o a los mejores clasificados, lo que se tiene en cuenta en la retribución del adjudicatario del contrato.

Por su parte, la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, para la refundición de la legislación comunitaria relativa a contratos públicos, también contempla el llamado “*diálogo competitivo*”, cuyo artículo 1, define como aquel procedimiento en el que todo operador económico puede solicitar su participación y en que los admitidos pueden tomar parte en un diálogo dirigido por los poderes adjudicadores que tiene por objeto <<*definir una o varias soluciones que puedan satisfacer las necesidades del poder adjudicador, y que servirá de base para que los candidatos elegidos presente su oferta*>>. A este procedimiento sólo se

podrá acudir cuando considere que mediante los procedimientos abiertos o negociados no es posible adjudicar el contrato, porque no se encuentre capacitado para determinar los medios técnicos con los que satisfacer sus necesidades y objetivos, o porque no se encuentre objetivamente capacitado para determinar la cobertura jurídica o económica de un proyecto.

No cabe duda, que estas innovaciones procedimentales, permitirán una mayor colaboración de las empresas con las Administraciones, en la definición de los medios para alcanzar objetivos u obtener resultados, lo que estimulará la competencia en la búsqueda y aportación de los que sean realmente innovadores.

## 8. CONCLUSIONES

Primera.- Las *compras públicas* de tecnología no son objeto de una especial consideración o tratamiento en la actual legislación de contrato de las Administraciones Públicas.

Segunda.- Una modalidad de contrato a la que se ha prestado especial atención en este informe es aquella en la que su objeto es la ejecución de una obra, adquisición de un bien o prestación de un servicio que ofrezcan un resultado tecnológicamente novedoso sobre cuya obtención no exista previamente certeza, y al que se supeditaría el pago del precio, habiendo podido comprobarse que mientras que en el Derecho civil tal modalidad no presentaría ninguna dificultad para llevarla a la práctica, no sucede lo mismo en la legislación de contratos administrativos, por no ser posible celebrar contratos aleatorios o bajo condición suspensiva o resolutoria, de modo que sería necesaria una reforma de dicha legislación.

Tercera.- Se puede decir que la Administración tomará partido por la innovación tecnológica, no sólo cuando establezca centros de investigación sino también cuando celebre un contrato para la investigación asociado a una promesa de adjudicación de un posterior contrato de obra, suministro o servicio (sucesión de contratos), o contratos que comprendan sucesivas prestaciones mediante las cuales se pudieran obtener unos ciertos resultados tecnológicamente novedosos a aplicar seguidamente a las obras, bienes o servicios objeto del mismo (sucesión de prestaciones en un mismo contrato). Sin embargo, estas modalidades presentan la dificultad de no poder ajustarse plenamente a las exigencias de la determinación del objeto del contrato y certeza del precio, lo que parece especialmente insalvable en el contrato mixto o complejo de investigación.

Cuarta.- En los contratos para el desarrollo de *software* a medida, puede constituir una rémora la prohibición de contratar por parte de quienes hayan participado en la elaboración de las especificaciones técnicas. Esta restricción debería eliminarse por cuanto el control de objetividad de las prescripciones técnicas debe hacerse antes de iniciarse el expediente del contrato a adjudicar. También es restrictiva para la innovación tecnológica la norma de RGCAP que establece limitaciones presupuestarias para las mejoras de los bienes adjudicados y en concreto puede perjudicar las actualizaciones del *software*. La Administración no debería tener de antemano ninguna limitación si la actualización del *software* es de interés público.

Quinta.- Sería conveniente, para sintonizar nuestra contratación administrativa con las políticas de innovación tecnológica, que se flexibilizaran los procedimientos para dar paso a verdaderos “diálogos competitivos” que permitan que la colaboración de las empresas ya empiece por la aportación de soluciones a objetivos que persiga la Administración, siguiendo el ejemplo de lo que ya se hace en el Derecho francés y a la vista también de las innovaciones que en esta materia se van a introducir en el Derecho comunitario.

Sexta.- La actual legislación empuja a los poderes públicos a posponer la decisión de comprar tecnología hasta que el sector privado u otras Administraciones la hayan creado, perdiendo así la oportunidad de actuar de locomotora de la innovación y dilatando la incorporación de nuevas soluciones tecnológicas que pudieran ser útiles para el bien común. Para evitar esto, se debería reconocer que las <<compras públicas de tecnología>> son un caso específico de compras públicas y requieren un tratamiento propio con criterios de selección competitivos pero basados en capacidades tecnológicas y habilidades para interactuar y no bajo la base pura de competición en precio. Cualquier otra solución que no sea la de arbitrar una regulación *ad hoc* para las <<compras públicas de tecnología>>, como pudiera ser la modificación parcial de los distintos artículos de la legislación para tratar de solventar las dificultades inherentes a las incertidumbres ligadas a la propia consecución, al precio final y a la calidad del bien futuro, sería una pseudosolución sujeta a un contexto ideado para otro propósito y que por tanto carecería de los grados de libertad necesarios para su desarrollo, dificultando con ello su contribución al fomento de la innovación tecnológica.

## **APÉNDICE 1**

### **Contratos para la realización de I+D y contratos de colaboración en apoyo a proyectos de I+D pública**

La finalidad de estos contratos de I+D y de apoyo a la I+D pública no es la instrumentación de una compra pública ya que son contratos de medios y no de resultado, es decir, contratos en los que el pago del precio no se condiciona a la obtención de determinados objetivos. Esta es la razón por la que no son objeto de análisis en el presente documento.

Conviene sin embargo llamar la atención sobre el hecho de que estos contratos, que son sin duda los que un mayor impulso podrían proporcionar desde la Administración a la innovación tecnológica, pudieran tener su perfecto encuadre en los contratos de consultoría y asistencia definidos en el artículo 196 TRLCAP, que se caracterizan por referirse a prestaciones predominantemente intelectuales. En efecto, entre las categorías de contratos de consultoría y asistencia y de contratos de servicios que distingue el artículo 206 TRLCAP figura la investigación y desarrollo (categoría 8 que sustentaría la propia actividad de I+D) y también la ingeniería, consultoría en ciencia y tecnología y análisis y ensayos técnicos (enunciados en la categoría 12 y que podrían sustentar la colaboración en apoyo a proyectos de I+D pública).

Un estudio más detallado de esta casuística en otro contexto, como pudiera ser el de los posibles nuevos instrumentos públicos de fomento a la innovación tecnológica, sería deseable. Y más específicamente convendría profundizar en la posible aplicación del contrato administrativo de I+D como apoyo a la innovación. Habría que analizar, por ejemplo, las posibles ventajas que pudiera suponer la incorporación a las convocatorias del Plan de I+D+I del procedimiento de un contrato público de I+D como una alternativa adicional a los procedimientos tradicionales de instrumentar el fallo de las convocatorias mediante simple resolución administrativa de concesión de subvenciones y créditos.