

## LA COMPRA PÚBLICA INNOVADORA

### **La Compra Pública Innovadora en España y en la Unión Europea: normativa e instrumentos para su implementación. Apuntes para optimizar los procedimientos de contratación.**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

La necesidad de generar un crecimiento económico sostenible, así como la exigencia de reforzar la competitividad internacional, han obligado a los Estados miembros de la Unión Europea (“UE”) a revisar el papel del sector público como beneficiario y promotor de iniciativas en materia de innovación e investigación.

En particular, la Comisión Europea considera que la innovación constituye uno de los ejes centrales tanto a la hora de lograr el cumplimiento de las políticas comunitarias, como para garantizar el adecuado desarrollo de la Unión. De hecho, como veremos, en la vigente estrategia “Horizonte 2020” la innovación, de manera conjunta con la investigación, se equipara en importancia a otros cuatro objetivos prioritarios en las políticas comunitarias: el empleo, el cambio climático y la energía, la educación y la lucha contra

la pobreza. Son múltiples, sin duda, los beneficios económicos y sociales de la innovación.

Sin embargo, a pesar de las notables posibilidades que ofrece la contratación pública en orden a potenciar la innovación, lo cierto es que han sido pocas las licitaciones en las que se ha fomentado la compra de bienes y servicios innovadores. Una aportación escasa tanto en términos absolutos como relativos, teniendo en cuenta el notable volumen que la contratación pública representa -en torno al dieciocho por ciento (18%) del Producto Interior Bruto (“PIB”) de la UE-.

A lo largo de la última década se han elaborado diversos documentos que analizan y resumen de manera esquemática los impedimentos existentes para optimizar las compras públicas.

Sirva de ejemplo la Comunicación de la Comisión

### **FINALIDAD DE LA COMPRA PÚBLICA INNOVADORA**

Es una actuación administrativa de fomento de la innovación, orientada al desarrollo de nuevos mercados desde el lado de la demanda, a través del instrumento de la contratación pública. Persigue no sólo el impulso y optimización de la innovación empresarial, sino también la mejora de los servicios públicos mediante la incorporación de bienes o servicios innovadores.

Europea de 6 de octubre de 2010, “*Iniciativa emblemática de Europa 2020: Unión por la innovación*” [COM(2010) 546 final], que pone de manifiesto algunas de las causas de la mencionada ineficacia:

- el carácter obsoleto de la normativa y de los procedimientos en materia de contratación;
- la desconexión entre los contratos públicos y los objetivos de las políticas públicas -por ejemplo, en materia de sanidad, energía, medio ambiente, transportes, etc.-;
- las dificultades financieras;
- la incapacidad de hacer un uso estratégico de la contratación pública desde un punto de vista administrativo;
- las dificultades para implementar mecanismos de cooperación transfronteriza, con la finalidad de evitar la fragmentación del mercado y posibilitar la utilización compartida de conocimientos -también para asumir de manera conjunta los posibles riesgos económicos de los proyectos-.

A la problemática anterior hay que añadir la poca implicación de buena parte del sector público en la implementación y fomento de la compra pública innovadora. La ausencia de complicitad en la materia por parte de los poderes adjudicadores obedece a razones de índole diversa, si bien algunos de los estudios de ámbito comunitario que han analizado esta cuestión destacan las siguientes:

- la existencia de atractivos que favorecen la utilización de fórmulas contractuales de poco riesgo. En particular, la preferencia por la adquisición de bienes y servicios contrastados y de uso consolidado en el mercado;

- los posibles retrasos a la hora de disponer de manera efectiva de los productos innovadores que se contraten, debido a los mayores plazos derivados de la contratación, así como al propio desarrollo e implementación de la innovación;
- la dificultad de los órganos de contratación a la hora de determinar el valor estimado de los bienes y servicios innovadores, al efecto de articular la correspondiente licitación;
- el desacierto de los compradores públicos a la hora de valorar los gastos inherentes a los productos y servicios que serán objeto de adquisición. En más ocasiones de lo deseable, se tienen en cuenta los costes iniciales de la compra, y no los relativos a la vida útil de los bienes;
- la complejidad existente en la elaboración de los documentos contractuales;
- la necesidad de que los órganos de contratación se especialicen en aquellas tareas inherentes a la vigilancia de mercado, así como al seguimiento de la ejecución del contrato. De manera particular, las carencias existentes se pueden manifestar en la ausencia de conocimientos y capacidades con respecto a la contratación de nuevas tecnologías e innovaciones -bien por desconocimiento de los mercados, bien por una inadecuada formación o falta de contacto con algunas tecnologías-;
- la teórica inadecuación de los procedimientos existentes en la normativa contractual para articular licitaciones complejas.

El resultado de todos estos análisis y estudios ha sido un renovado empuje al fomento de la investigación e innovación en la contratación pública. Y ello no solo

desde el ámbito comunitario, sino también desde una perspectiva nacional y autonómica.

Precisamente, como veremos, la normativa en materia de contratación pública es una herramienta óptima para superar algunas de las limitaciones que obstaculizan tanto la promoción de la innovación como la colaboración entre el sector público y el sector privado en dicha materia.

Esta estrategia, además, no solo resulta beneficiosa para las empresas y para los compradores públicos, sino que también contribuirá a hacer frente a retos sociales importantes, tales como la lucha contra el cambio climático, el suministro de energías limpias, la necesidad de sufragar los costes derivados del envejecimiento de la población, las nuevas soluciones y la mejora de los tratamientos existentes en relación con determinadas enfermedades, etc.

## 2. REGULACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

Durante los últimos años, uno de los objetivos de la UE ha sido garantizar que las ideas innovadoras se conviertan en productos y servicios que generen crecimiento y empleo. La contratación pública es un instrumento esencial para materializar esta prioridad, y puede contribuir de un modo relevante a desarrollar una economía basada en el conocimiento y la innovación, así como a superar algunas de las carencias estructurales de Europa.

Para acotar en el tiempo el análisis sobre la relevancia y el tratamiento de la innovación en el ámbito de la UE, así como su relación con la contratación pública, interesa remitirse a la denominada “Estrategia de Lisboa”.

El 23 y el 24 de marzo del año 2000, en una sesión especial celebrada en Lisboa, el Consejo Europeo acordó nuevos objetivos estratégicos para la UE, a

fin de reforzar el empleo, la reforma económica y la cohesión social.

En el documento de Conclusiones de la Presidencia, la innovación se contempla como uno de los elementos esenciales para garantizar el cumplimiento de los retos proyectados. Y entre los múltiples instrumentos al servicio de los Estados miembros, se reserva también un papel para la contratación pública<sup>1</sup>.

Desde la citada sesión especial, la UE ha puesto de manifiesto en diversos documentos la importancia de la innovación, y su vinculación con la contratación pública. Como ejemplo, los siguientes:

- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 13 de septiembre de 2006: “Poner en práctica el conocimiento: una estrategia amplia de innovación para la UE” [COM(2006) 502 final].
- Decisión nº 2006/1982/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativa al “Séptimo Programa Marco de la Comunidad Europea para acciones de investigación, desarrollo tecnológico y demostración (2007 a 2013)”.
- Reglamento (CE) nº 1906/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, por el que se establecen las normas de participación de empresas, centros de investigación y universidades en las acciones del

---

<sup>1</sup> Se trata de menciones genéricas a la contratación como instrumento para alcanzar los objetivos generales -entre los que se incluye el fomento de la innovación-. Hay que señalar que, de manera específica, en el marco de la “Estrategia de Lisboa” se proponen dos medidas en materia de contratación, que no están directamente vinculadas con la compra pública innovadora: (i) la elaboración de unas normas de contratación pública más accesibles para las PYME, y (ii) efectuar las contrataciones públicas comunitarias y nacionales por vía electrónica. El cumplimiento total de estos objetivos, en la práctica, sigue pendiente, aunque las nuevas Directivas en materia de contratación pública refuerzan ambas cuestiones.

Séptimo Programa Marco, y las normas de difusión de los resultados de la investigación (2007-2013).

- Documento de trabajo de la Comisión Europea, de 23 de febrero de 2007, “*Guide on dealing with innovative solutions in public procurement 10 elements of good practice*” [SEC(2007)280]<sup>2</sup>, que recoge diez buenas prácticas para que la Administración pueda optimizar su eficacia a la hora de abordar la compra pública innovadora<sup>3</sup>.
- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 14 de diciembre de 2007: “*La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles*” [COM(2007) 799 final].
- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 21 de diciembre de 2007: “*Iniciativa en favor de los mercados líderes de Europa*” [COM(2007)860 final].
- “*Risk management in the procurement of innovation. Concepts and empirical evidence in the European Union*”. Expert Group Report 2010. Dirección General de Investigación e Innovación de la Comisión Europea<sup>4</sup>.
- Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010: “*Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*” [COM(2010) 2020 final].
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y

Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 6 de octubre de 2010: “*Iniciativa emblemática de Europa 2020. Unión por la innovación*” [COM(2010) 546 final].

- Libro Verde “*Del reto a la oportunidad: hacia un marco estratégico común para la financiación de la investigación y la innovación por la UE*” [COM(2011) 48 final], de 9 de febrero de 2011.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de mayo de 2011, sobre “*la Unión por la innovación: transformar Europa para un mundo postcrisis*” [2010/2245(INI)].
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 30 de noviembre de 2011: “*Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación*” [COM(2011)808 final].
- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 10 de julio de 2013: “*Las asociaciones público-privadas en Horizonte 2020: una potente herramienta para la innovación y el crecimiento en Europa*” [COM(2013) 494 final].
- Reglamento (UE) n° 1290/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, por el que se establecen normas de participación y difusión aplicables a Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación (2014-2020).

Todas las iniciativas y actos mencionados con anterioridad tienen una idéntica misión: dar cumplimiento al mandato del actual artículo 179 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

<sup>2</sup> PRO INNO Europe paper N°1.

<sup>3</sup> Teniendo en cuenta su relevancia, la Guía se analizará de manera detallada en el apartado 12 de esta Nota Informativa.

<sup>4</sup> ISBN: 978-92-79-14660-2.

(“TFUE”)<sup>5</sup>. Poseen, además, otro nexo de unión, puesto que en mayor o menor medida consideran que la contratación pública es un instrumento clave para hacer frente a los desafíos específicos en el ámbito de la investigación y la innovación.

Sobre esta base, entre otras cuestiones, se insta tanto a las Instituciones de la UE<sup>6</sup> como a los Estados miembros a que:

- utilicen la contratación pública de manera estratégica, con el fin de abordar los cambios sociales y estimular la innovación;
- orienten su presupuesto de compras hacia la adquisición de productos, procesos y servicios innovadores, sostenibles y eficientes en el plano ecológico;
- faciliten y dinamicen la innovación en sus propuestas legislativas relativas a la contratación pública;
- brinden posibilidades de financiación para este tipo de licitaciones;
- publiquen directrices sobre las mejores prácticas que se puedan aplicar en la materia, así como

---

<sup>5</sup> En virtud del citado precepto, se establecen como objetivos de la Unión, entre otros: (i) el desarrollo de la competitividad; (ii) el fomento de las acciones de investigación; (iii) la apertura de la contratación pública nacional, la definición de normas comunes, así como la supresión de los obstáculos jurídicos y fiscales que se opongan a la cooperación entre empresas, universidades y centros de investigación.

<sup>6</sup> Se considera que la contratación precomercial y la contratación pública de soluciones innovadoras son un elemento clave para hacer frente a los desafíos existentes en el ámbito de la investigación y la innovación. Además, la UE pretende garantizar un marco normativo suficientemente flexible, que facilite la participación, cree una serie de instrumentos más coherente que abarque tanto la investigación como la innovación, y refuerce el impacto científico y económico, evitando al mismo tiempo la duplicación y fragmentación. También, uno de los objetivos a alcanzar es “*simplificar las condiciones y los procedimientos desde la perspectiva de los participantes, a fin de garantizar la aplicación más eficaz, teniendo en cuenta la necesidad de que todos los participantes tengan fácil acceso*”.

programas de formación y guías orientadas a los poderes adjudicadores.

A pesar de este evidente voluntarismo, lo cierto es que ni la Directiva 2004/18/CE<sup>7</sup> ni la Directiva 2014/17/CE<sup>8</sup> recogen de manera detallada y expresa previsiones sobre la compra innovadora, excepto en relación con determinados servicios de investigación y desarrollo. Y ello a pesar de que, como se ha dicho, el fomento de la innovación y de la investigación es un objetivo prioritario que se deriva de manera directa de los Tratados comunitarios.

Sin embargo, lo cierto es que esta temática ha recuperado relevancia, entre otras cuestiones, debido al notable impacto en la UE de la crisis económica y financiera -que ha puesto de relieve alguno de los tradicionales problemas estructurales de la economía europea-, y a la necesidad de dar una respuesta más decidida y coherente a esta problemática, tanto a nivel político como a nivel institucional.

El telón de fondo lo conforman las carencias existentes en materia de inversión en I+D<sup>9</sup>, y la necesidad de que la contratación pública pueda facilitar de manera real la introducción en el mercado de bienes y servicios innovadores.

Además, las bondades de la compra innovadora facilitan la consecución de otros objetivos públicos de primer orden -empleo, medio ambiente, etc.-, y redundan en un uso más eficaz y productivo de los fondos públicos.

---

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

<sup>9</sup> Tomando en consideración como parámetro de comparación, por ejemplo, el porcentaje de PIB destinado a I+D en Estados Unidos o Japón.

Precisamente, en relación con esta última cuestión, a pesar de que en numerosas ocasiones se remarca que la compra pública es una “*política de demanda orientada al fomento de la innovación empresarial*”<sup>10</sup>, lo cierto es que tendrá también una gran incidencia en el sector público.

Y no ya solo teniendo en cuenta los ahorros y beneficios directos que se derivan de los bienes y servicios adquiridos, la mejor prestación de servicios de interés público -sanidad, transporte, servicios sociales, etc.-. También considerando las múltiples innovaciones organizativas y procedimentales que será necesario implementar para establecer una práctica contractual flexible y transparente<sup>11</sup>.

Como veremos, para paliar el déficit “innovador” existente en las compras públicas, el nuevo paquete de Directivas en materia de contratación contempla múltiples avances en la materia, tanto desde el punto de vista organizativo interno<sup>12</sup> -nuevas técnicas, instrumentos y procesos-, como desde el punto de vista externo -mecanismos para facilitar la participación, la transparencia y la propia iniciativa de los operadores económicos-, todo ello con la finalidad de optimizar las políticas de innovación<sup>13</sup>.

La Nota Informativa compartirá este doble enfoque, toda vez que no parece razonable abordar la innovación en las compras públicas atendiendo de manera exclusiva a su finalidad de fomento de las empresas innovadoras. Tiene otra relevante misión, que consiste precisamente en la introducción de nuevos<sup>14</sup> productos y procesos tanto en la prestación

de servicios públicos, como en el propio sector público.

### 3. CONTEXTO Y MARCO NORMATIVO DE LA COMPRA INNOVADORA EN ESPAÑA

#### a) Contexto estadístico del gasto en I+D

Uno de los objetivos esenciales de la compra pública innovadora es mejorar el entorno empresarial y fomentar la existencia de empresas innovadoras, sobre todo en determinados sectores de actividad.

Precisamente por tal circunstancia, el examen acerca de la utilización de la compra pública innovadora ha de extenderse más allá de su regulación normativa.

De hecho, no parece adecuado realizar afirmaciones generales sin abordar -al menos a grandes rasgos- la realidad de la I+D<sup>15</sup> en España. Tampoco sería oportuno utilizar las posibilidades que ofrece la compra pública innovadora como una suerte de “*producto de marketing*” de general aplicación a cualquier licitación y poder adjudicador.

Parece razonable entender que, para realizar un análisis riguroso sobre esta materia, es necesario, entre otras cuestiones:

- conocer el origen de los déficits de inversión;
- tener en cuenta que la innovación comprende también -aunque en menor medida- actividades que no son I+D en sentido estricto<sup>16</sup>;

<sup>10</sup> Esta es, de hecho, la definición que se recoge en el título de este documento, aunque entendemos que, tal vez, debería tener un alcance más amplio.

<sup>11</sup> De hecho, la innovación organizativa de los propios poderes adjudicadores parece no solo un simple apoyo, sino más bien una condición necesaria para maximizar todas las potencialidades de la compra pública innovadora.

<sup>12</sup> De los poderes adjudicadores.

<sup>13</sup> Debido a su relevancia práctica, la nueva regulación será objeto de un desarrollo específico.

<sup>14</sup> O significativamente mejorados.

<sup>15</sup> La investigación y desarrollo (I+D) se define como el trabajo creador que, emprendido sobre una base sistemática, tiene por objeto el aumento del conocimiento científico y técnico, y su posterior utilización en nuevas aplicaciones. Innovación Tecnológica. Ideas básicas. Colección Innovación Práctica. Fundación Cotec. Madrid. 2001. Página 16.

<sup>16</sup> Por ejemplo, las actividades de desarrollo y puesta en marcha de innovaciones que no son ni de producto ni de proceso, tales como los nuevos métodos comerciales o los nuevos métodos organizativos.

- valorar las necesidades reales que han de satisfacer los órganos de contratación y/o los Centros Directivos de la Administración en sus tareas como compradores;
- coordinar las estrategias de compra pública con las distintas políticas sectoriales;
- tener en cuenta que la compra pública no es el único instrumento que puede utilizar el sector público para articular su actividad de fomento en materia de I+D+i;
- valorar que el sector público no es el único agente relevante a la hora de alcanzar los objetivos de la UE en materia de innovación.

En relación con lo anterior, si se observan las series estadísticas del gasto en I+D<sup>17</sup>, tanto en la UE como en España, se pueden extraer los siguientes datos<sup>18</sup>:

- El gasto en I+D en los países de la UE en el año 2012 representó el 2,06 % de su PIB, frente al 2,04% del año 2011, y al 2,00% del año 2010.
- El gasto en I+D en los países de la zona Euro en el año 2012 representó el 2,14 % de su PIB, frente al 2,12% del año 2011, y al 2,07% del año 2010.
- En España, el gasto en I+D en el año 2012 representó el 1,30% de su PIB, frente al 1,36% del año 2011, y al 1,40% del año 2010.

Precisamente, si se toma como referencia el año 2012, tenemos que, en el caso español:

<sup>17</sup> Conviene resaltar que el gasto en I+D no es el único mecanismo para evaluar los recursos destinados a la materia, y tampoco para medir la eficiencia en su gestión o los resultados obtenidos.

<sup>18</sup> Fuente: Eurostat: "Gross domestic expenditure on R&D, 2002–12". Abril 2014.

- El gasto total en I+D ascendió a la cantidad de 13.392 millones de euros.
- El sector Empresas representó un porcentaje sobre el gasto total en I+D del 53,0% (el 0,69% del PIB).
  - ✓ En la media de los países de la UE, representó el 1,30% del PIB.
- El sector Enseñanza Superior representó un porcentaje sobre el gasto total en I+D del 27,7% (el 0,36% del PIB).
  - ✓ En la media de los países de la UE, representó el 0,49% del PIB.
- El sector Administración Pública representó un porcentaje sobre el gasto total en I+D del 19,1% (un 0,25% del PIB).
  - ✓ En la media de los países de la UE, representó el 0,26% del PIB.
- El sector Instituciones Privadas Sin Fines de Lucro representó un porcentaje sobre el gasto total en I+D del 0,2% (un 0,002% del PIB).
  - ✓ En la media de los países de la UE, representó el 0,01% del PIB.

Los anteriores datos son un punto de partida relevante. Más incluso teniendo en cuenta que las prioridades de las políticas españolas en materia de I+D deberán alinearse con los objetivos de la UE.

Así, entre otras cuestiones, cabe desatacar que:

- España está en la actualidad muy lejos de la media de gasto en I+D de los países de la UE<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Y más lejos todavía de la media de gasto en I+D de los países de la zona Euro.

- Además, ha seguido en los últimos años una tendencia contraria a la de otros países: el porcentaje de gastos en I+D se ha reducido, mientras que en la UE ha aumentado.
- El porcentaje de gasto en I+D del sector público es muy similar a la media de la UE.
- El porcentaje de gasto en I+D del sector empresarial es notablemente inferior a la media de la UE. Esta circunstancia es especialmente relevante, toda vez que, realmente, marca una diferencia muy negativa con respecto a los países de nuestro entorno.
- En particular, tal y como se desprende de los datos recabados a lo largo de estos años por las organizaciones empresariales y sectoriales, el número de empresas españolas con actividad de I+D se ha reducido sensiblemente en los últimos cinco años<sup>20</sup>.
- Las compras públicas suponen un porcentaje muy elevado del PIB. En el caso de España, en torno al 16%<sup>21</sup>.

A la vista de todo lo anterior, y teniendo en cuenta que el objetivo de Horizonte 2020 es que el gasto en I+D represente el 3% del PIB, resulta evidente que la Administración deberá llevar a cabo una notable actividad de fomento para alcanzar tal objetivo.

Y también es obvio que serán necesarias múltiples líneas de actuación -tales como incrementar o maximizar la utilización de los incentivos fiscales<sup>22</sup>,

---

<sup>20</sup> La reducción se cuantifica en un treinta y seis con noventa y cuatro por ciento (36,94%), según los datos obrantes en el reciente Informe “El Estado de la Innovación empresarial en España en 2014” (AVS Consulting-CEOE. Madrid, 10 de abril de 2014).

<sup>21</sup> Dato obtenido del documento “Estrategia Española de Ciencia y Tecnología y de Innovación 2013-2020” del Ministerio de Economía y Competitividad.

<sup>22</sup> Para profundizar en la fiscalidad de la innovación, nos remitimos a la Nota elaborada por la Fundación COTEC: “La fiscalidad de la innovación en el mundo”. Madrid, 22 de enero de 2014.

establecer nuevos mecanismos de colaboración público-privada no contractuales, asegurar la creación y financiación de infraestructuras científicas y tecnológicas, elaborar políticas sectoriales *ad hoc* en sectores estratégicos, etc.-.

La compra pública jugará, como se ha dicho, un papel esencial a la hora de incrementar la inversión en I+D. Y una de sus aportaciones más relevantes consistirá en el fomento de la actividad de las empresas innovadoras, facilitando así, entre otras cuestiones, la introducción de nuevos productos y métodos de producción, además de generar una demanda y unos incentivos al sector privado.

Este diagnóstico, por ejemplo, es compartido por la denominada “Estrategia Española de Ciencia y Tecnología y de Innovación 2013-2020”, a la que posteriormente se aludirá. De hecho, la Estrategia prevé de manera expresa la necesidad de “desarrollar la capacidad de la Administración para actuar como motor de innovación empresarial gestionando su demanda de productos y servicios a través de iniciativas de compra pública innovadora”<sup>23</sup>.

Para concluir este epígrafe interesa resaltar que, a pesar de la relevancia creciente de las compras públicas innovadoras, no hay que perder de vista la finalidad genérica de todo sistema de contratación: satisfacer las concretas necesidades institucionales de los poderes adjudicadores.

También hay que observar que, a pesar de la notable evolución de los estudios en la materia, existe todavía un conocimiento bastante limitado sobre el impacto económico real de las actividades innovadoras.

Además, este conocimiento es todavía más deficiente en relación con la repercusión de las compras públicas innovadoras de cada país sobre la actividad

---

<sup>23</sup> Para cumplir esta misión, considera esencial establecer un marco normativo adecuado -basado en la regulación comunitaria-, así como poner en práctica nuevos esquemas de compra pública y precomercial.



de las empresas y la economía real<sup>24</sup>. De igual modo, resulta muy complejo recoger los posibles impactos sociales, medioambientales, etc.

Por lo tanto, siendo conscientes de sus múltiples bondades, la compra pública innovadora no ha de servir como sustitutivo de otro tipo de medidas de fomento de la I+D+i<sup>25</sup>, que son también necesarias para superar las lagunas existentes en España.

Tampoco debe ser utilizada esta figura para crear mercados inexistentes, ineficaces o artificiales<sup>26</sup>, ni para mantener empresas ineficientes. De hecho, por ejemplo, no tendría sentido que la Administración fomente la adquisición de productos y servicios para los que no existe ni se prevé una demanda pública potencial.

En sentido contrario, la compra innovadora es un instrumento muy útil si los poderes públicos la utilizan de manera inteligente. No solo para fomentar este tipo de adquisiciones en el sector público y favorecer al tejido empresarial, sino también para optimizar las prácticas contractuales en los diversos centros directivos, introducir técnicas y procesos flexibles y transparentes, etc<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Entre otras cuestiones, por la globalización, la diversidad de mercados, etc. Obviamente, a nivel local, sí sería posible acotar más los datos, por ejemplo, en las PYME innovadoras.

<sup>25</sup> Bien inversiones públicas, bien inversiones privadas. Estas últimas, como se ha expuesto, no se pueden dejar de lado en el debate de fondo sobre la situación de la I+D+i en España. No se puede fiar el cumplimiento de los objetivos comunitarios en exclusiva a las políticas gubernamentales.

<sup>26</sup> Es una afirmación bastante obvia, por lo que no resulta necesario extenderse en la materia. Simplemente, conviene recordar lo dispuesto en el artículo 22.1 del TRLCSP: “*los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales*”.

<sup>27</sup> Estamos, de hecho, en un tiempo muy relevante para la contratación pública, que debe ser aprovechado para solucionar algunas de las disfuncionalidades existentes en el sistema. Y satisfacer las demandas tanto externas -los ciudadanos reclaman mayor eficiencia y transparencia en el gasto público; las empresas mecanismos útiles y fiables para canalizar la iniciativa privada, etc.-, como internas -la necesidad de cambios organizativos y de carácter procedimental en la Administración, la generalización de la contratación electrónica, la mejora en las tareas de vigilancia de mercado, etc.-. El telón de fondo lo conforman la reciente

## b) Marco normativo

La regulación de la compra innovadora en España está configurada, entre otras disposiciones, por:

- El Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de octubre de 2010<sup>28</sup>.
- La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (“LES”).
- La Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (“LCTI”).
- El Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de julio de 2011<sup>29</sup>.
- El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (“TRLCSP”).

Además, interesa poner de manifiesto la notable incidencia de las estrategias y planes aprobados por el Gobierno estatal<sup>30</sup>:

- La Estrategia Española de Ciencia y Tecnología, regulada en el artículo 6 de la LCTI.
- La Estrategia Española de Innovación, regulada en el artículo 7 de la LCTI.

---

aprobación de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación, y también la adaptación de la normativa española de contratos públicos.

<sup>28</sup> En su virtud, se impulsa la compra pública innovadora en la Administración General del Estado en el ámbito de la Estrategia Estatal de Innovación (e2i).

<sup>29</sup> Se establece el objetivo de que la compra pública innovadora suponga un 3% de la nueva inversión, y también se acuerda publicar una Guía sobre compra pública innovadora, dirigida a las Administraciones Públicas para la mejor y más adecuada aplicación de los procedimientos de contratación.

<sup>30</sup> En la actualidad, las estrategias generales se refunden en un único documento, la “Estrategia Española de Ciencia y Tecnología y de Innovación 2013-2020”. Por su parte, los dos instrumentos de planificación se refunden en el “Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016”.

- El Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica, regulado en el artículo 42 de la LCTI.
- El Plan Estatal de Innovación, regulado en el artículo 43 de la LCTI.

Por razones obvias, a la hora de desarrollar esta Nota Informativa, el TRLCSP será la norma de referencia, pues recoge los principales instrumentos para aplicar las medidas de fomento de la investigación y de la innovación en la contratación pública.

Sin embargo, la normativa estatal en materia de contratación pública no necesariamente ha de cerrar la regulación en la materia.

En tal sentido, hay que recordar también que las Comunidades Autónomas, siempre que respeten la normativa básica estatal, pueden desarrollar sus propias normas -en este caso, con la finalidad de maximizar la utilización de la compra pública innovadora-. Este posible desarrollo podría tener una especial incidencia en aquellos supuestos en los que la normativa estatal tiene lagunas -tales como la articulación de la compra precomercial, asociaciones público-privadas, etc.-.

Finalmente, aunque no tengan carácter regulatorio, sí conviene hacer una breve mención a las diversas Guías, Recomendaciones, Informes, etc. existentes en la materia, tanto desde el punto de vista comunitario, como estatal y autonómico.

De manera particular, debido a su relevancia práctica, a la “*Guía sobre compra pública innovadora*” elaborada en el año 2011 por el Ministerio de Ciencia e Innovación, y también, en el ámbito autonómico, a la “*Guía de Buenas Prácticas para el fomento de la I+D+i en el ámbito de la contratación pública*”, elaborada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña en el año 2012.

### *c) Sectores estratégicos en los que resulta aconsejable emplear la compra innovadora*

Tal y como se ha expuesto, la compra pública innovadora es una de las herramientas más relevantes para incidir en determinados mercados o sectores de actividad. Además, tiene una indudable relación con determinadas políticas públicas.

Por ejemplo, la “*Estrategia Española de Ciencia y Tecnología y de Innovación 2013-2020*” marca ocho “*Grandes retos*”, que implican a su vez “*importantes mercados para el desarrollo de nuevos productos y servicios*”:

1. Salud, cambio demográfico y bienestar.
2. Seguridad y calidad alimentaria; actividad agraria productiva y sostenible; sostenibilidad de recursos naturales, e investigación marina y marítima.
3. Energía segura, sostenible y limpia.
4. Transporte inteligente, sostenible e integrado.
5. Acción sobre cambio climático y eficiencia en la utilización de recursos y materias primas.
6. Cambios e innovaciones sociales.
7. Economía y sociedad digital.
8. Seguridad, protección y defensa

Por su parte, el Programa “*Horizonte 2020*” de la UE -base de la Estrategia Española- también adopta un enfoque sectorial y de actividad amplio en materia de innovación, y concentra sus recursos y fuentes de

financiación en tres prioridades, que se refuerzan mutuamente<sup>31</sup>:

- **Ciencia Excelente:** su objetivo es aumentar el nivel de excelencia de la base científica de Europa, así como asegurar un flujo estable de investigación, para garantizar la competitividad europea a largo plazo.
- **Liderazgo Industrial:** su objetivo es hacer de Europa un lugar más atractivo para la inversión en investigación e innovación, fomentando actividades en las que sean las empresas las que “*determinen la agenda*”.
- **Retos Sociales:** reflejan las prioridades políticas de la estrategia Europa 2020.

En particular, los seis Retos Sociales contemplados en Horizonte 2020 -que guardan una similitud casi total con los “Grandes retos” de la Estrategia Española<sup>32</sup>-, son los siguientes: (i) salud, cambio demográfico y bienestar; (ii) seguridad alimentaria, agricultura sostenible, investigación marina y marítima y bioeconomía; (iii) energía segura, limpia y eficiente; (iv) transporte inteligente, ecológico e integrado; (v) acción por el clima, eficiencia de los recursos y materias primas; (vi) sociedades inclusivas, innovadoras y seguras.

Es razonable pensar que las actuaciones y medidas que se lleven a cabo en materia de innovación, incluidas las vinculadas a la contratación pública, tendrán un evidente enfoque estratégico, y estarán alineadas con los retos mencionados.

Lo anterior no supone un impedimento para que la compra pública innovadora se utilice en otros sectores de actividad, si bien parece razonable que su

<sup>31</sup> Estas prioridades se corresponden con las de Europa 2020 y la “*Unión por la innovación*”.

<sup>32</sup> Pues la Estrategia Española trata de coordinarse con las disposiciones comunitarias.

empuje sea mayor para alcanzar estas prioridades -en conjunción con las necesidades públicas que, por definición, deba satisfacer cada contratación-.

#### 4. CONCEPTOS RELEVANTES

Antes de abordar el análisis de la regulación aplicable a la compra pública innovadora, conviene exponer algunas definiciones y conceptos relevantes, que se contemplan tanto en el denominado Manual de Oslo<sup>33</sup>, elaborado en el año 2005 de manera conjunta por la OCDE y Eurostat<sup>34</sup>, como también en otros documentos de referencia en la materia -por ejemplo, en las nuevas Directivas en materia de contratación-.

Como advertencia, en lo que concierne a las definiciones del Manual de Oslo, éste aborda sólo la innovación que realiza el sector privado, por lo que, aunque muchos conceptos pueden ser extrapolados al sector público, en otros supuestos es necesario realizar algunas modulaciones -por ejemplo, en relación con las referencias a la “empresa” que recogen algunas definiciones-<sup>35</sup>.

##### ➤ *Definición de I+D en la normativa estatal*

Según las definiciones que contempla el artículo 35 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (“**TRLIS**”):

- Se considerará **investigación** “*la indagación original planificada que persiga descubrir nuevos*”

<sup>33</sup> “*Oslo Manual: Guidelines for Collecting and Interpreting Innovation Data, Third edition*”. Traducción realizada por la Dirección General de Universidades e Investigación de la Comunidad de Madrid en el año 2006.

<sup>34</sup> En concreto, el Manual ha sido aprobado por el Comité de Política Científica y Tecnológica de la OCDE, el Comité de Estadística de la OCDE, y el Grupo de Trabajo de Eurostat de Estadísticas de Ciencia, Tecnología e Innovación.

<sup>35</sup> El propio Manual de Oslo señala de manera expresa que “*la innovación es también importante para el sector público, pero (...) queda mucho por hacer en lo que al estudio de la innovación respecta y en el desarrollo de un marco para la recogida de información sobre innovación*”.

*conocimientos y una superior comprensión en el ámbito científico y tecnológico”.*

- Se considerará **desarrollo** *“la aplicación de los resultados de la investigación o de cualquier otro tipo de conocimiento científico para la fabricación de nuevos materiales o productos o para el diseño de nuevos procesos o sistemas de producción, así como para la mejora tecnológica sustancial de materiales, productos, procesos o sistemas preexistentes”.*

Además, el citado artículo modula el alcance de las actividades de investigación y desarrollo, incluyendo actuaciones tales como la creación de un primer prototipo no comercializable de un producto, los proyectos de demostración inicial, la elaboración de muestrarios relativos a nuevos productos para su lanzamiento, etc.

#### ➤ **Definición de innovación**

Según el Manual de Oslo, una innovación *“es la introducción de un producto (bien o servicio) o de un proceso, nuevo o significativamente mejorado, o la introducción de un método de comercialización o de organización nuevo aplicado a las prácticas de negocio, a la organización del trabajo o a las relaciones externas”.*

El Manual de Oslo también establece que el requisito mínimo para que una innovación sea considerada como tal es que el producto, proceso, método comercial o método organizativo *“sea nuevo (o significativamente mejorado) para la empresa”.*

La definición incluye, por lo tanto, los productos, procesos y métodos desarrollados por primera vez por la empresa, así como aquellos que la empresa ha adoptado y que han sido desarrollados previamente por otras empresas u organizaciones.

Conviene resaltar que el Manual de Oslo no contempla la palabra “tecnológica” en la definición

de innovación. Entiende que *“el uso de la palabra ‘tecnológica’ puede crear confusión, ya que muchas empresas de servicios podrían interpretar ‘tecnológica’ como el ‘uso de plantas y equipo de alta tecnología incorporada’ y de este modo no identificar, con esta definición, muchas de sus propias innovaciones de producto y proceso”*<sup>36</sup>.

Por su parte, las nuevas Directivas en materia de contratación pública incorporan su propia definición de innovación. Sirva de ejemplo lo dispuesto en el apartado 22 del artículo 2 de la Directiva 2014/24/UE<sup>37</sup>:

*“la introducción de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”.*

Una definición análoga se contempla tanto en la Directiva 2014/23/UE<sup>38</sup>, como en la Directiva 2014/25/UE<sup>39</sup>.

#### ➤ **Tipos de innovación**

El Manual de Oslo distingue cuatro (4) tipos de innovaciones: de producto, de proceso, comerciales y

<sup>36</sup> Con esta afirmación, también tiene en cuenta que hay que prestar adecuada atención a la innovación no tecnológica, pues capta buena parte de la innovación en el sector servicios.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

<sup>39</sup> Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

organizativas. Se corresponden con las siguientes definiciones:

- Innovación de producto: la introducción de un bien o servicio nuevo o significativamente mejorado en sus características o en sus posibles usos.
- Innovación de proceso: la introducción de un método de producción o de distribución, bien nuevo, bien significativamente mejorado.
- Innovación comercial: la introducción de un nuevo método de comercialización que entrañe importantes mejoras en el diseño o presentación del producto, en su posicionamiento, en su promoción o en su precio.
- Innovación organizativa: la introducción de un nuevo método de organización aplicado a las prácticas de negocio, a la organización del trabajo o a las relaciones externas de la empresa.

Si ponemos en relación la tipología de innovaciones que describe el Manual de Oslo con el apartado 22 del artículo 2 de la Directiva 2014/24/UE, se puede comprobar fácilmente que las compras públicas tendrían una incidencia relevante a la hora de fomentar tanto las innovaciones de producto como las innovaciones de proceso, aunque deja también cierto margen para la innovación organizativa<sup>40</sup>. Por razones obvias, existiría también una diferente intensidad y alcance en la innovación, en función de si se trata de productos o bien de servicios.

---

<sup>40</sup> Parece evidente que la definición de innovación que recogen las nuevas Directivas en materia de contratación tiene una clara dimensión externa, y se refiere a los bienes y servicios objeto de adquisición. Además, aunque no sea objeto de esta Nota Informativa, la contratación pública tiene un amplio margen innovador interno, sobre todo, en relación con las innovaciones organizativas. De hecho, algunas de las medidas propuestas por las nuevas Directivas propiciarán este tipo de innovaciones. Por ejemplo, la obligatoriedad de la contratación electrónica, los nuevos instrumentos de compra centralizada, etc.

### ➤ *Ejemplos de innovaciones de producto*

El Manual de Oslo contempla de manera expresa algunos ejemplos de innovaciones de producto, con la finalidad de clarificar su definición. En tal sentido, con carácter enunciativo, se consideran innovaciones de producto:

- los productos con un consumo de energía significativamente reducido;
- los cambios significativos en los productos para cumplir los estándares medioambientales;
- los medicamentos nuevos con efectos significativamente mejorados;
- los servicios nuevos que mejoran de manera significativa el acceso de los clientes a bienes o servicios;
- nuevos servicios por Internet.

Además, el Manual de Oslo delimita qué supuestos no deben ser considerados como innovaciones de producto. Entre otros, con carácter enunciativo:

- los cambios o mejoras menores;
- las actualizaciones rutinarias;
- la personalización de un producto para un solo cliente, cuando dicho producto no incluya atributos distintos en comparación con los del resto de los clientes;
- los cambios en el diseño que no alteren la función, el posible uso o las características técnicas del bien o servicio.

En consecuencia, este tipo de innovación incluye, en general, nuevos productos, así como todas aquellas

mejoras importantes relativas a productos existentes, tanto en lo relativo a las especificaciones técnicas como, entre otros, a los componentes, materiales, software incorporado, ergonomía y características funcionales, etc.

### ➤ *Ejemplos de innovaciones de proceso*

El Manual de Oslo contempla también algunos ejemplos de innovaciones de proceso. En tal sentido, con carácter enunciativo, se entenderán incluidas en esta categoría:

- la instalación de tecnología de producción nueva o mejorada;
- el desarrollo de productos asistido por ordenador;
- la digitalización de los procesos de imprenta;
- los ordenadores y escáneres portátiles para registrar bienes y realizar inventarios;
- el software o rutinas nuevas o mejoradas para el aprovisionamiento, la contabilidad o el mantenimiento de los sistemas;
- las nuevas herramientas de software diseñadas para mejorar los flujos de aprovisionamiento;
- las redes informáticas nuevas o mejoradas de manera significativa.

Además, el Manual de Oslo delimita qué supuestos no deben ser considerados como innovaciones de proceso. Entre otros, con carácter enunciativo:

- los cambios o mejoras de escasa entidad;
- el incremento en las capacidades de producción o de servicio mediante la introducción de

sistemas de producción o de logística muy similares a los anteriores.

En consecuencia, este tipo de innovación incluye, entre otros, los nuevos métodos de producción, o métodos mejorados de manera significativa en técnicas, equipo o software.

### ➤ *Definición de innovación tecnológica en la normativa estatal*

Según el artículo 35 del TRLIS, la innovación tecnológica es “*la actividad cuyo resultado sea un avance tecnológico en la obtención de nuevos productos o procesos de producción o mejoras sustanciales de los ya existentes*”<sup>41</sup>.

Esta actividad incluirá también “*la materialización de los nuevos productos o procesos en un plano, esquema o diseño, la creación de un primer prototipo no comercializable, los proyectos de demostración inicial o proyectos piloto y los muestrarios textiles, de la industria del calzado, del curtido, de la marroquinería, del juguete, del mueble y de la madera, siempre que no puedan convertirse o utilizarse para aplicaciones industriales o para su explotación comercial*”.

### ➤ *Concepto de compra pública innovadora*

La “*Guía sobre compra pública innovadora*”, elaborada por el Ministerio de Ciencia e Innovación en el año 2011, define la compra pública innovadora como “*una actuación administrativa de fomento de la innovación orientada a potenciar el desarrollo de nuevos mercados innovadores desde el lado de la demanda, a través del instrumento de la contratación pública*”. Igualmente, la Guía establece que la compra pública innovadora persigue los siguientes objetivos:

- la mejora de los servicios públicos, al incorporar bienes o servicios innovadores;

---

<sup>41</sup> Se considerarán nuevos aquellos productos o procesos cuyas características o aplicaciones, desde el punto de vista tecnológico, difieran sustancialmente de las existentes con anterioridad.

- el fomento de la innovación empresarial;
- el impulso a la internalización de la innovación, empleando el mercado público local como cliente de lanzamiento o referencia.

Dentro de estos objetivos, destacan tanto la satisfacción de las necesidades públicas como la mejora de los servicios a los ciudadanos. Pero como se puede comprobar en la definición, no están en un plano superior al que es, según la Guía, el objetivo esencial de la compra pública innovadora: desarrollar nuevos mercados innovadores.

A pesar del elevado riesgo de caer en imprecisiones terminológicas desde un punto de vista científico y técnico -pero asumiendo el posible error-, podría ser razonable que esta definición “oficial” de compra pública innovadora también contemple, de algún modo, la introducción de prácticas innovadoras en la gestión pública, la generación de valor social, la mejora de procesos y servicios orientados a los administrados, etc.

Este último alcance amplio será el que se emplee en la presente Nota Informativa.

#### ➤ ***Delimitación del concepto de “contratación pública de soluciones innovadoras”***

El apartado 18 del artículo 2 del Reglamento (UE) n° 1290/2013, por el que se establecen normas de participación y difusión aplicables a Horizonte 2020 define el concepto de “*contratación pública de soluciones innovadoras*” en los siguientes términos: “*contratación en la que los poderes adjudicadores actúan como primer cliente para bienes o servicios innovadores que aún no están disponibles a gran escala comercial y en la que puede incluirse la realización de pruebas de conformidad*”.

El Reglamento contempla diversas reglas para este tipo de contratos. En particular, la posibilidad de

establecer disposiciones específicas en materia de propiedad, derechos de acceso y concesión de licencias.

## **5. MODALIDADES DE COMPRA PÚBLICA INNOVADORA**

Si tomamos como referencia la división que lleva a cabo la “*Guía sobre compra pública innovadora*” del Ministerio de Ciencia e Innovación, la compra pública innovadora se puede esquematizar en dos modalidades o tipologías. Las compras comerciales<sup>42</sup> y las compras precomerciales.

Esta categorización se basa en un criterio que, en teoría, es bastante simple, tal y como se deduce de las denominaciones empleadas: si los productos, obras o servicios innovadores están o no comercialmente disponibles en el mercado.

Además, tanto la doctrina como algunas entidades especializadas establecen una subdivisión adicional. De manera señalada, se puede contrastar en algunos de los informes elaborados por la Fundación Cotec<sup>43</sup>, en los que se introduce el concepto de “*compras regulares*” -relativas a productos disponibles de manera inmediata-, por contraste con aquellas compras que requieren de un desarrollo tecnológico para su materialización.

Sobre esta base, a la hora de llevar a cabo un estudio sistemático de la compra pública innovadora, se pueden distinguir las siguientes tipologías:

#### ➤ ***Compras regulares***

Son las compras habituales que llevan a cabo las entidades del sector público. El Libro Blanco de

<sup>42</sup> Como veremos, la “*Guía sobre compra pública innovadora*” incluye dentro de las compras comerciales a la denominada “*Compra Pública de Tecnología Innovadora*”.

<sup>43</sup> Cotec es una fundación de origen empresarial que tiene como misión contribuir al desarrollo del país mediante el fomento de la innovación tecnológica en la empresa y en la sociedad española.

Cotec relativo a “*La compra pública de tecnología innovadora en biotecnología*”<sup>44</sup> recoge la delimitación conceptual que, de dichas compras, realizan Edquist y Hommen<sup>45</sup>. Estos autores se refieren a las compras regulares como aquéllas compras públicas que “*se producen cuando las entidades públicas compran productos de mercado listos para ser fabricados*”.

Adicionalmente, el Libro Blanco recoge algunas de las características atribuibles a las compras regulares:

- se corresponden casi en su totalidad con compras de productos de mercado listos para ser fabricados y, en todo caso, pueden ser entregados de manera inmediata por el proveedor;
- los riesgos inherentes a las compras se limitan a aquellos que puedan derivarse de problemas financieros o de fabricación por parte del proveedor seleccionado;
- el precio y la calidad del producto son los elementos que toman en consideración los compradores públicos a la hora de seleccionar a sus suministradores. Generalmente, el precio es el elemento decisivo en la adjudicación de los correspondientes contratos;
- los productos no tecnológicos son, de manera habitual, el objeto de las compras regulares;
- no existe una especial complejidad ni en la licitación ni en la posterior ejecución de los contratos que dan soporte a las compras regulares. En la práctica, suelen ser procesos muy repetitivos.

<sup>44</sup> “*La compra pública de tecnología innovadora en biotecnología*”. Libro Blanco. Fundación Cotec. Madrid. 2011.

<sup>45</sup> Edquist y Hommen. *Systems of innovation: Theory and policy for the demand side* (1999).

Conviene resaltar que los productos tecnológicos disponibles en el mercado también pueden ser objeto de las compras regulares -el Libro Blanco pone como ejemplo la compra de aparatos de medida, reactivos, instrumentación médica de precisión, etc.-.

### ➤ *Compra de tecnología innovadora*

Se trata de contrataciones de productos que emplean nueva tecnología -o bien que mejoran de manera sustancial la tecnología<sup>46</sup> existente-, y que aún no están disponibles a gran escala comercial. Parece evidente, por lo tanto, su directa vinculación con el concepto de innovación tecnológica.

La “*Guía sobre compra pública innovadora*” del Ministerio de Ciencia e Innovación define la Compra Pública de Tecnología Innovadora como “*la compra pública de un bien o servicio que no existe en el momento de la compra pero que puede desarrollarse en un periodo de tiempo razonable. Dicha compra requiere el desarrollo de tecnología nueva o mejorada para poder cumplir con los requisitos demandados por el comprador*”<sup>47</sup>.

Atendiendo a la definición expuesta por la Guía<sup>48</sup>, las características esenciales de la Compra Pública de Tecnología Innovadora son las siguientes:

<sup>46</sup> Hay que recordar que “*la tecnología es mucho más que máquinas, ya que se trata de conocimiento práctico orientado a la acción, es decir, supone la aplicación sistemática del conocimiento científico u otro conocimiento organizado a tareas prácticas*”. Innovación Tecnológica. Ideas básicas. Colección Innovación Práctica. Fundación Cotec. Madrid. 2001. Página 14.

<sup>47</sup> Esta definición reproduce casi idénticamente la que se contempla, por ejemplo, en diversos Informes elaborados por la Fundación Cotec. Estos siguen, a su vez, la definición empleada por Edquist y Hommen en la obra citada con anterioridad.

<sup>48</sup> Conviene resaltar que no existe una definición legal de la Compra Pública de Tecnología Innovadora en la normativa en materia de contratación pública. Esta situación provoca algunas confusiones, al equipararse coloquialmente cualquier tipo de compra que implique la adquisición de tecnología a dicha definición y, por extensión, siguiendo los criterios de la Guía, al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.



- conlleva el desarrollo de productos o servicios que no existen en el momento de la petición-encargo;
- implica la asunción de diversos riesgos por parte de la entidad contratante. Entre otros, relativos a plazos, calidad final y utilidad del producto, mayor precio, etc.;
- la entrega de los bienes se dilata en el tiempo, hasta que se concluyan los correspondientes desarrollos tecnológicos;
- los bienes, una vez entregados, han de poder ser utilizados por el comprador público;
- tanto la licitación como la posterior ejecución de los contratos que dan soporte a la compra pública de tecnología innovadora requieren de una cierta flexibilidad. Y conlleva, además, una mayor complejidad que la que se deriva de las compras regulares.

Para contextualizar dichas características, el Libro Blanco de Cotec relativo a “*La compra pública de tecnología innovadora en biotecnología*” pone como ejemplo de productos que entrarían en el ámbito de la compra de tecnología innovadora “*la adquisición de un sistema de diagnóstico de una enfermedad anteriormente no diagnosticable, o la adaptación de una técnica para la realización de análisis de forma más beneficiosa*”.

Finalmente, conviene resaltar que la citada “*Guía sobre compra pública innovadora*” del Ministerio de Ciencia e Innovación señala, en su página 5, que la Compra Pública de Tecnología Innovadora “*está recogida en el artículo 11.1.c) de la LCSP*”.

De este modo, la intención de la Guía -que ha sido informada favorablemente por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa<sup>49</sup>- es vincular de manera

expresa la licitación de estos bienes y servicios que implican el desarrollo de tecnología nueva o mejorada con el contrato típico de colaboración entre el sector público y el sector privado.

### ➤ *Compra precomercial*

La delimitación de figura de la compra precomercial se lleva a cabo, como hito relevante, en la Comunicación de la Comisión Europea de 14 de diciembre de 2007, “*La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles*” [COM(2007) 799 final]. También está contemplada de manera implícita, por ejemplo, en la Directiva 2014/24/UE<sup>50</sup>, o en el propio TRLCSP<sup>51</sup>.

Conforme a la citada Comunicación de la Comisión Europea, la compra precomercial se refiere, en principio, “*a un planteamiento de la contratación de servicios de I+D distinto de aquellos según los 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, y no constituya ayuda estatal*”<sup>52</sup>.

Por su parte, el Reglamento (UE) n° 1290/2013, por el que se establecen normas de participación y difusión aplicables a Horizonte 2020, establece en el apartado 17 de su artículo 2 que la contratación precomercial es la “*contratación de servicios de investigación y desarrollo que implican compartir riesgos y beneficios en condiciones de mercado y un desarrollo competitivo por fases,*

<sup>50</sup> En la esfera comunitaria esta figura tiene sin duda una mayor relevancia que en España. De hecho, los servicios de I+D que conforman la compra precomercial ya estaban contemplados en la Directiva 2004/18/CE -aunque excluidos de su ámbito de aplicación-, así como en otros documentos anteriores a la Comunicación de 2007 que se toma como referencia.

<sup>51</sup> Estas normas no llevan a cabo como tal una definición legal de este concepto -pues la compra precomercial se encuentra excluida de su ámbito de aplicación-, pero sí delimitan su alcance.

<sup>52</sup> La compra precomercial es, en esencia, una compra de servicios, sin perjuicio de que en ocasiones pueda articularse como un contrato mixto de servicios y suministros.

<sup>49</sup> Informe 37/11, de 28 de octubre de 2011.

*estando claramente separados los servicios de investigación y desarrollo contratados de la utilización de cantidades comerciales de productos finales”.*

En el ámbito de la Unión Europea se han llevado a cabo múltiples experiencias relativas a la contratación de este tipo de servicios de I+D, sobre todo en áreas tales como la eficiencia energética, la protección medioambiental, el transporte, los servicios sociales o la sanidad.

## 6. LAS COMPRAS REGULARES

### *a) Cuestiones generales*

El primer escenario para efectuar el análisis de las posibilidades a la hora de articular la innovación en las compras públicas es el relativo a las “*compras regulares*”.

Se trataría, en esencia, de evaluar el margen de actuación existente para introducir aspectos innovadores en la contratación de bienes y servicios ya disponibles en el mercado. Si tenemos en cuenta el alcance del concepto de innovación descrito con anterioridad -superando la definición más concreta de innovación tecnológica-, parece evidente que la respuesta sería afirmativa: existe un margen para la innovación en las compras públicas regulares<sup>53</sup>.

Visto lo anterior, las alternativas de las que disponen los poderes públicos para incorporar cuestiones innovadoras en estas compras pasan por maximizar las posibilidades que ofrecen los instrumentos “tradicional” de contratación. Por definición, la celebración de contratos de obras, servicios y

suministros, mediante procedimientos de licitación abiertos, restringidos y negociados<sup>54</sup>.

De antemano ha de señalarse que, como se verá, la práctica totalidad de los mecanismos susceptibles de ser utilizados son también “tradicional”, en el sentido de que forman parte ya desde hace años de nuestro ordenamiento jurídico contractual -en consecuencia, no estamos hablando de mecanismos novedosos, y tampoco de fórmulas mágicas, sino de la adaptación y/o modulación de diversas técnicas contractuales sobradamente conocidas-.

Para concluir este apartado introductorio, conviene remarcar también el alcance objetivo de la innovación en las compras regulares. Así, resulta imprescindible que los entes del sector público superen la automática vinculación imperante entre la innovación y los contratos de suministro -de manera particular, los relativos a equipos de alta tecnología-. De este modo, tanto los contratos de obras como los contratos de servicios ofrecen un amplio abanico de posibilidades para fomentar la innovación<sup>55</sup>.

### *b) El fomento de la innovación en los criterios de valoración de las ofertas*

Si tomamos como punto de partida las previsiones del TRLCSP, la primera mención relevante en relación con la innovación se contempla en su artículo 22. Este precepto determina, de manera genérica, que los entes, organismos y entidades del

---

<sup>53</sup> Entendiendo innovación como la introducción de productos y procesos nuevos o significativamente mejorados. Y también teniendo en cuenta que las innovaciones no necesariamente han de ser tecnológicas.

---

<sup>54</sup> Se presupone que el procedimiento de diálogo competitivo solo se empleará en aquellos supuestos en los que el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos. De igual modo, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado solo resultará de aplicación en aquellas circunstancias tasadas en el artículo 11 del TRLCSP. El objeto contractual en ambos supuestos -íntimamente ligados- sería ajeno, en la práctica totalidad de las contrataciones, a las denominadas “compras regulares”.

<sup>55</sup> A este respecto, nos remitimos al alcance tanto del concepto de innovación como de sus diversas tipologías en el Manual de Oslo, y a lo señalado en el Apartado 4 de esta Nota Informativa. Incluso si se interpretase de manera estricta la innovación, exclusivamente como política de demanda.

sector público “valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública”.

A pesar de que esta referencia a la valoración de la innovación es muy genérica, no se puede obviar que, tal y como señala el Informe 15/2012, de 30 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, el artículo 22 del TRLCSP no es una suerte de principio programático, sino que constituye un precepto de derecho necesario<sup>56</sup>.

De este modo, el primer mecanismo para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 22 del TRLCSP es potenciar que, en la adjudicación de contratos, se prime la introducción de cuestiones innovadoras, nuevas tecnologías y procesos, etc.

El artículo 150 del TRLCSP presenta múltiples posibilidades a la hora de diseñar los criterios de valoración de las ofertas<sup>57</sup>. Pero hay que recordar que la normativa y la Jurisprudencia prevén algunas limitaciones:

---

<sup>56</sup> En particular, el Informe dispone que: “toda contratación requiere una definición de la naturaleza y la extensión de las necesidades adecuadas y precisas que se tienen que cubrir, hecho que implica determinar la idoneidad del objeto y el contenido del contrato, pero también la valoración, entre otros aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública, de la innovación y la incorporación de tecnología innovadora; todo eso en los términos que prevé el artículo 22 del TRLCSP, precepto esencial y no sólo programático, sino de derecho necesario”.

<sup>57</sup> El artículo 150.1 del TRLCSP establece que “para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes”.

- deben respetar los principios de concurrencia y no discriminación, y no han de otorgar ventajas competitivas a ningún licitador;
- tienen que estar directamente vinculados al objeto del contrato;
- han de ser determinados de manera clara, precisa e inequívoca;
- los criterios y subcriterios de ponderación que se utilicen en la licitación también se deberán determinar de manera clara y precisa<sup>58</sup>.

Sobre esta base, es posible crear estándares -bien genéricos, bien específicos- que incidan en los criterios de valoración, con la finalidad de que estos fomenten la innovación. En la actualidad, la cuestión no supone una novedad, pues ya se han celebrado diversas licitaciones que concretan este tipo de estándares. Entre otros, empleando criterios que se basan en la capacidad de la innovación para:

- producir ahorros energéticos;
- favorecer y mejorar el medio ambiente;
- rebajar los costes de mantenimiento y de reposición de los bienes y servicios objeto de adquisición, teniendo en cuenta su vida útil;
- optimizar la prestación de los servicios públicos, facilitando, por ejemplo, ahorros de tiempo y mejoras de eficiencia para los administrados.

En particular, la “Guía sobre compra pública innovadora” del Ministerio de Ciencia e Innovación, en el marco

---

<sup>58</sup> La nueva Directiva 2014/24/UE considera que los poderes adjudicadores deben estar autorizados a no cumplir la obligación de indicar la ponderación de los criterios de adjudicación “en casos debidamente justificados, que deben poder motivar, cuando esa ponderación no pueda establecerse previamente, debido, en particular, a la complejidad del contrato”. En tales supuestos, al menos, deben indicar los criterios por orden decreciente de importancia.

de sus “*Recomendaciones para la elaboración del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas*”, contempla diversas sugerencias para delimitar los criterios de valoración. Aunque en la Guía se vinculan de manera expresa a la Compra Pública de Tecnología Innovadora, lo cierto es que:

- (i) se aconseja su utilización en la licitación de contratos de obras, suministros y servicios a través de procedimientos ordinarios -por lo que resulta razonable que algunas de las sugerencias puedan ser adaptadas con sencillez para fomentar también la innovación en las compras regulares-;
- (ii) una parte de las recomendaciones podría aplicarse a otros ámbitos diferentes al desarrollo de productos o a la realización de actividades de I+D en sentido estricto;
- (iii) conforme a lo señalado en los dos puntos anteriores, aunque se mantengan y respeten las modalidades de compra pública innovadora que se describen en el Apartado 5 de la Nota Informativa, existen sugerencias que pueden ser comunes a varias categorías;
- (iv) con el propósito de evitar confusiones, no se mencionarán ni los aspectos de la Guía que se dirijan de manera exclusiva al desarrollo de productos que no existen en el momento de la licitación, ni los que no puedan ser adaptados de manera razonable a las compras regulares<sup>59</sup>.

Visto el matiz anterior, hay que destacar que la Guía aconseja una medida relevante, la aplicación “*como primer criterio de adjudicación el de la oferta económicamente más ventajosa frente al criterio de precio más bajo*”. Además, recomienda que dicho criterio “*considere no solo los*

<sup>59</sup> Conviene tener presente también la distinción entre innovación y tecnología innovadora.

*costes actuales sino todos los derivados del ciclo de vida del objeto del contrato*”. El nuevo paquete de Directivas en materia de contratación desarrolla de manera amplia estas cuestiones y, además, introduce dos conceptos novedosos a la hora de abordar esta relevante temática: la “mejor relación calidad-precio” y la propia noción del “coste del ciclo de vida”<sup>60</sup>.

Al margen de estas dos recomendaciones genéricas, lo cierto es que la Guía contempla otras sugerencias más concretas<sup>61</sup>, tales como:

- la posibilidad de proyectar la innovación a otros ámbitos de interés público<sup>62</sup>;
- la mayor o menor capacidad de la innovación para producir una mejora en la prestación de un servicio público concreto, un ahorro de costes, una optimización energética o ambiental, etc.

Finalmente, hay que tener presente un aspecto con notable incidencia a la hora de definir los criterios de valoración<sup>63</sup>: los órganos de contratación deben plantearse como principio de actuación que los criterios de valoración de las licitaciones se orienten a la búsqueda de soluciones para necesidades no resueltas -o bien susceptibles de ser optimizadas-, y no se dirijan a la adquisición de tecnologías o productos predeterminados sin valor añadido para el comprador público<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> Incluyendo, en ambos casos, diversos mecanismos para llevar a cabo su cuantificación, entre los que se encuentran criterios vinculados con la innovación. El artículo 51 del Reglamento (UE) n° 1290/2013, por el que se establecen normas de participación y difusión aplicables a Horizonte 2020, también contempla que los contratos incluidos en su ámbito de aplicación se adjudicarán a la oferta que presente la mejor relación coste-calidad.

<sup>61</sup> Reiteramos, la Guía las propone en el marco de la Compra Pública de Tecnología Innovadora, si bien entendemos que podrían ser aplicables también a las “*compras regulares*”.

<sup>62</sup> Científicos, tecnológicos, etc.

<sup>63</sup> Tal vez no tanto de manera directa como indirecta.

<sup>64</sup> Por razones obvias, esto resulta complejo en relación con algunas necesidades que tienen un carácter más básico y homogéneo.

### c) *La introducción de mejoras y variantes*

La posibilidad de introducir mejoras y variantes como criterio de adjudicación en las licitaciones se contempla de manera expresa en el artículo 147.1 del TRLCSP, el cual determina que “*cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad*”.

Por su parte, el artículo 147.2 del TRLCSP establece que la opción de ofrecer variantes o mejoras se deberá indicar en el anuncio de licitación, y que éste también deberá precisar todos los elementos sobre los que hayan de versar, así como las condiciones en las que se autoriza su presentación.

Además, la Jurisprudencia ha modulado el alcance y los límites de la introducción de mejoras y variantes en los contratos públicos, vinculando la articulación de ambas figuras al cumplimiento de los principios de transparencia e igualdad de trato<sup>65</sup>. De este modo:

- es necesario que tengan una relación directa con el objeto del contrato;
- en el caso particular de las mejoras, es posible su presentación aunque impliquen la ejecución de prestaciones accesorias por el contratista<sup>66</sup>;
- debe motivarse su inclusión entre los criterios de adjudicación;
- sus requisitos, límites, y características han de permitir su identificación de manera suficiente;
- su ponderación debe publicitarse de manera clara, precisa e inequívoca;

<sup>65</sup> Tal y como pone de manifiesto, por ejemplo, la STJUE de 16 de octubre de 2003 (asunto 421/01).

<sup>66</sup> Informe de la JCCA 59/09, de 26 de febrero de 2010.

- de manera particular, la documentación de la licitación debe especificar detalladamente todos aquellos aspectos relativos a su admisibilidad.

Adicionalmente, la admisión de variantes o mejoras y su posterior valoración es un elemento relevante a la hora de calificar las ofertas de los licitadores. Así, tal y como pone de manifiesto el Informe 1/2011, de 12 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, “*es imprescindible recoger en los informes técnicos de valoración las razones por las que determinadas variantes o mejoras no se aceptan y valoran*”.

Una vez analizado el régimen aplicable a las variantes y mejoras, cabe preguntarse por qué resultarían tan beneficiosas para el fomento de la innovación en materia de contratación. Como ejemplo de las ventajas que ofrecen, la “*Guía de buenas prácticas para el fomento de la I+D+i en el ámbito de la contratación pública*”, elaborada por la Generalitat de Cataluña<sup>67</sup> pone de manifiesto las siguientes:

- permiten la presentación de propuestas técnicas alternativas por los operadores económicos. De este modo, se facilitan soluciones más eficaces, eficientes e innovadoras;
- pueden suponer ahorros económicos, derivados de la adquisición de soluciones no desfasadas;
- facilitan la concurrencia en los procedimientos de contratación, puesto que algunos operadores económicos, en caso de no poder presentar su mejora o variante tecnológica, no participarían en la licitación.

Por su parte, la “*Guía sobre compra pública innovadora*” del Ministerio de Ciencia e Innovación, en el marco de su “*Propuesta de Clausulado para la inclusión de la innovación en compras por procedimientos de adjudicación*”

<sup>67</sup> “*Guía de buenas prácticas para el fomento de la I+D+i en el ámbito de la contratación pública*”. Generalitat de Cataluña. Noviembre 2012.

ordinarios”, incluye diversos criterios para delimitar las mejoras en los pliegos de la licitación<sup>68</sup>. Interesa trasladarlos a esta Nota Informativa, por su sencillez y aparente objetividad<sup>69</sup>:

- ✓ Mejora de bajo contenido innovador: supone introducir técnicas existentes en el mercado, adaptándolas simplemente al bien o al servicio objeto de la licitación. Se incluyen en esta categoría mejoras de contenido no tecnológico: funcionales, de diseño, ergonómicas, etc.
- ✓ Mejora de contenido innovador medio: introduce elementos innovadores de escaso alcance o proyección. Estarán incluidas en esta modalidad las mejoras sobre tecnologías ya desarrolladas, pero que aún no han sido aplicadas en el producto o servicio objeto de licitación.
- ✓ Mejora de alto contenido innovador: supone la introducción de elementos innovadores de gran alcance o proyección. Se incluyen aquellas mejoras cuya realización requiere de la ejecución de actuaciones relevantes para alcanzar las especificaciones ofertadas, bien en materia de investigación industrial, bien en relación con su desarrollo experimental<sup>70</sup>.

Para concluir el análisis, no puede dejar de recordarse la existencia de un último requisito aplicable tanto a las variantes como a las mejoras: su admisión no puede suponer una modificación del objeto del contrato. Esta cuestión es relevante, teniendo en cuenta los estrictos límites que establece la

<sup>68</sup> Además, la Guía señala que “*las mejoras técnicas innovadoras deberán ir referidas a las distintas características técnicas o funcionalidades de un producto o servicio, y solo se admitirán sobre aquellos elementos concretos precisados en el anuncio de licitación, que indicará además las condiciones en las que queda autorizada su presentación*”.

<sup>69</sup> Por razones obvias, deben concretarse en la correspondiente licitación, en los términos y con el alcance previsto en el TRLCSP y en la Jurisprudencia aplicable.

<sup>70</sup> Según la “*Guía sobre compra pública innovadora*” del Ministerio de Ciencia e Innovación, en este tipo de mejoras “*no se trata de integrar tecnologías ya existentes, sino de desarrollar en un proyecto ad hoc la tecnología necesaria para conseguir esa mejora innovadora*”.

Jurisprudencia en relación con las modificaciones contractuales<sup>71</sup>.

#### **d) Capacidad y criterios de solvencia**

Los órganos de contratación también pueden prever requisitos de capacidad y solvencia vinculados con la innovación, siempre que no supongan una restricción injustificada de los principios de libertad de acceso, igualdad de trato y no discriminación.

A este respecto, en función de la concreta naturaleza del contrato, habrá que tener en cuenta en primer lugar lo dispuesto en el artículo 57 del TRLCSP, en cuya virtud “*las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios*”. De este modo, a pesar de que los operadores económicos suelen definir objetos sociales muy amplios, lo cierto es que la Administración “*no puede contratar con personas jurídicas en cuyo objeto social no tenga cabida el objeto concreto en que consista la prestación*”<sup>72</sup>.

Por otra parte, como es sabido, de conformidad con lo señalado en el artículo 62 del TRLCSP, para celebrar contratos con el sector público “*los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional*”<sup>73</sup>.

De este modo, la capacidad de los operadores económicos para cumplir de manera objetiva con los requisitos de participación que establezca la licitación podría ser, también, un elemento a tener en cuenta en las compras regulares, con la finalidad de

<sup>71</sup> Este requisito debería ser considerado, de manera particular, a la hora de delimitar el alcance de las variantes y mejoras en los contratos de obra y de suministro.

<sup>72</sup> Informe 11/02, de 17 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares.

<sup>73</sup> Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando resulte exigible en virtud del TRLCSP.

fomentar la participación de las empresas innovadoras<sup>74</sup>.

No obstante, lo cierto es que esta temática es delicada, y parece complejo elaborar una suerte de criterios de solvencia que fomenten la innovación y que, además, puedan resultar de aplicación genérica a todo tipo de licitaciones y contratos.

En primer lugar, considerando que los criterios de solvencia habrán de fijarse teniendo en cuenta el objeto y el importe del contrato. De este modo, se debe procurar una proporción adecuada entre la solvencia que se exige, la complejidad técnica del contrato, y su dimensión económica. Resulta evidente que una decisión contraria afectaría a la propia concurrencia empresarial<sup>75</sup>.

En segundo lugar, casi como parámetro general, hay que señalar que las resoluciones de los tribunales de recursos contractuales<sup>76</sup> son especialmente estrictas a la hora de abordar si las condiciones de solvencia exigidas por los poderes adjudicadores vulneran los principios comunitarios<sup>77</sup>.

A pesar de lo anterior, también es cierto que algunos de los criterios de solvencia que contempla de manera expresa el TRLCSP podrían adaptarse a las compras innovadoras. Sirvan de ejemplo:

- las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato;

<sup>74</sup> Al fin y al cabo, lo que se pretende esta fase inicial del procedimiento es analizar las cualidades de los operadores económicos y seleccionar a los que tengan unas determinadas potencialidades -en particular, técnicas y profesionales- que se consideren necesarias para ejecutar el objeto contractual.

<sup>75</sup> En muchos casos, por ejemplo, sería inviable exigir que los operadores económicos hayan realizado grandes inversiones en I+D, o posean cualificaciones o técnicas muy específicas, etc.

<sup>76</sup> Al igual que la Jurisprudencia.

<sup>77</sup> Por ejemplo, la exigencia de un certificado de calidad referido a la gestión de I+D+i, en el marco de una licitación cuyo objeto es la construcción de un centro sanitario.

- las declaraciones sobre adscripción de medios materiales y equipos técnicos para la ejecución del contrato;
- las medidas para garantizar la calidad;
- los medios de estudio e investigación de la empresa;
- los certificados de calidad en determinadas materias, incluidos los certificados vinculados a la gestión de I+D+i.

Finalmente, en el marco de las compras regulares, también se podrían llegar a emplear criterios de solvencia en los que se evalúe, por ejemplo, la experiencia y fiabilidad a la hora de implementar soluciones innovadoras, tener ciertos conocimientos técnicos específicos, etc.

#### *e) Condiciones especiales de ejecución del contrato*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 118 del TRLCSP, los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario<sup>78</sup> y se indiquen en el anuncio de licitación, así como en la documentación contractual.

Estas condiciones especiales pueden referirse a varias materias. Todas ellas tienen en común su relevancia para alcanzar objetivos comunitarios prioritarios.

De manera expresa, el artículo 118 del TRLCSP cita la posibilidad de introducir consideraciones de tipo social y medioambiental. Además, otras materias también podrían tener cabida en dicho precepto.

<sup>78</sup> En particular, las condiciones especiales de ejecución del contrato no pueden menoscabar la libre prestación de servicios.

Lo anterior sería así no solo teniendo presente la motivación a la hora de introducir el citado artículo<sup>79</sup>, sino también su tenor literal, pues con la mención “*en especial*” no solo no se está excluyendo la existencia de otros posibles objetivos de interés público que puedan justificar la existencia de condiciones específicas de ejecución, sino que, de manera consciente, se deja abierta tal posibilidad. Por ejemplo, para potenciar un objetivo de primer orden, como el fomento de la innovación.

La nueva Directiva 2014/24/UE confirma esta última interpretación, al señalar que las condiciones especiales de ejecución del contrato, además de aquellos aspectos que estén vinculados con asuntos medioambientales, sociales, o ligados con el empleo, “*podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación*”.

De este modo, siempre que tengan una relación directa con el objeto de los correspondientes contratos, existe un cierto margen a la hora de introducir condiciones de ejecución vinculadas a la innovación.

Además, conviene recordar que buena parte de los objetivos que las condiciones especiales de ejecución de los contratos públicos pretenden preservar poseen unos nexos de unión bastante fuertes. De manera señalada, el fomento de la innovación y la mejora del medio ambiente.

Por ejemplo, ya se ha expuesto que, entre los retos a alcanzar mediante la innovación en el marco de la “*Estrategia Española de Ciencia y Tecnología y de Innovación 2013-2020*”, se encuentran los siguientes:

- Energía segura, sostenible y limpia.
- Transporte inteligente, sostenible e integrado.

<sup>79</sup> Primero en la normativa comunitaria, luego en la estatal.

- Acción sobre cambio climático y eficiencia en la utilización de recursos y materias primas.

En línea con lo anterior, a la hora de establecer condiciones especiales de ejecución, conviene revisar los manuales existentes en relación con las consideraciones de tipo medioambiental, puesto que algunos de ellos tienen un elevado grado de detalle y calidad. De este modo, su “*técnica contractual*” podría ser muy útil.

Por ejemplo -entre otros-, la “*Guía para la compra verde de vehículos*” de la Generalitat de Cataluña<sup>80</sup>, que analiza las posibles cláusulas y requerimientos ambientales tanto en relación con la contratación de vehículos, como en los servicios de mantenimiento que puedan ir asociados a dicha adquisición. Tales condiciones conllevarán no solo una incidencia positiva en el medio ambiente, sino también en la eficiencia energética, las tecnologías innovadoras, el fomento del transporte sostenible, etc.

#### *f) Utilización de los concursos de proyectos*

Los artículos 184 y siguientes del TRLCSP regulan las normas aplicables a la licitación de los concursos de proyectos. La utilización de esta figura, en teoría, facilita que la Administración pueda evaluar diversas alternativas, sugerencias y soluciones para solventar sus necesidades, e incentiva también la aportación y desarrollo de ideas y conocimientos por parte de los operadores económicos.

Tradicionalmente, los concursos de proyectos se emplean para que las entidades del sector público puedan adquirir planes o proyectos en los siguientes ámbitos: la ordenación territorial, el urbanismo, la arquitectura, la ingeniería, o el tratamiento de datos.

<sup>80</sup> La Guía fue informada favorablemente por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña el 20 de julio de 2012.



No obstante, es posible extender la utilización de esta figura a otros sectores de actividad<sup>81</sup>.

Con independencia de la materia que constituya su objeto, estos planes o proyectos serán seleccionados por un jurado, después de haber realizado una licitación, con o sin concesión de premios.

Las ventajas derivadas de la utilización de este procedimiento, según la “*Guía de buenas prácticas para el fomento de la I+D+i en el ámbito de la contratación pública*” de la Generalitat de Cataluña, se pueden esquematizar del modo siguiente:

- no impone una solución predefinida -pues ésta podría ser ineficiente, obsoleta o equivocada-, y otorga libertad a los operadores económicos para aportar valor añadido en sus propuestas;
- universaliza el acceso a las licitaciones a todas las empresas tecnológicamente adelantadas;
- hace posible el conocimiento de las soluciones que existen en el mercado;
- recompensa monetariamente el esfuerzo hecho por los operadores económicos a la hora de presentar una oferta<sup>82</sup>.

En resumen, la utilización de esta técnica puede permitir, en determinadas circunstancias, la selección del operador económico más cualificado desde un

punto de vista innovador y/o tecnológico, para satisfacer las necesidades de la Administración.

Por otra parte, hay que poner también en valor que en el procedimiento de concurso de proyectos, según la normativa vigente, el jurado:

- (i) puede -y/o debe, en función del objeto de la licitación<sup>83</sup>-, poseer una concreta cualificación profesional;
- (ii) tiene que adoptar sus decisiones con independencia;
- (iii) debe respetar el anonimato de las propuestas presentadas, hasta que emita su dictamen o decisión;
- (iv) si resulta necesario para aclarar cualquier aspecto de los proyectos, el jurado podrá invitar a los participantes para que respondan a preguntas y resuelvan sus dudas. En tal caso, se deberá levantar un acta que recoja de manera íntegra el diálogo entre los miembros del jurado y los participantes.

Además, pueden existir otras disposiciones de interés en la materia. Por ejemplo, conforme a lo señalado en el artículo 98.2 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, “*las comunicaciones, los intercambios y el almacenamiento de información se realizarán de modo que se garantice la protección de la integridad y la confidencialidad de cualquier información transmitida por los participantes en el concurso de proyectos y de forma que el jurado no conozca el contenido de los planos y proyectos hasta que expire el plazo previsto para su presentación*”.

<sup>81</sup> Esta cuestión se pone de manifiesto en el Considerando (120) de la Directiva 2014/24/UE, que recuerda que estos instrumentos flexibles se podrían utilizar también para alcanzar otras finalidades. Como ejemplo, “*para obtener planes de ingeniería financiera que optimizarían el apoyo a las PYME en el contexto de la iniciativa Recursos conjuntos europeos para las micro a medianas empresas (JEREMIE) o de otros programas de la Unión de apoyo a las PYME en un Estado miembro determinado*”.

<sup>82</sup> La Guía considera que este aspecto “*adquiere una relevancia especial en el caso de empresas pequeñas o medianas innovadoras, que pueden decidir no participar en los procedimientos de licitación ordinarios porque tienen pocas posibilidades de resultar adjudicatarias y, por lo tanto, no poder obtener ningún retorno de los costes directos e indirectos asumidos*”.

<sup>83</sup> Conforme a lo dispuesto en el artículo 188.2 del TRLCSP, “*cuando se exija una cualificación profesional específica para participar en un concurso de proyectos, al menos un tercio de los miembros del jurado deberá poseer dicha cualificación u otra equivalente*”.

Finalmente, hay que recordar que la adjudicación de los posteriores contratos de servicios al ganador sólo es posible cuando tal contrato sea la continuidad de un concurso de proyectos. En tal sentido, la STJUE de 14 de octubre de 2004 (asunto C-340/02) modula este requisito, al señalar que “*significa que debe existir una relación funcional directa entre el concurso de proyectos y el consiguiente contrato*”.

Precisamente, tanto las Directivas como el propio TRLCSP contemplan la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado sin publicidad a la hora de celebrar contratos públicos de servicios, cuando estos sean derivados de un concurso de proyectos y, además, deban adjudicarse al ganador o a uno de los ganadores. En el supuesto de varios ganadores, la normativa establece también que todos deberán ser invitados a participar en las negociaciones.

Cabe concluir, por lo tanto, que el concurso de proyectos presenta diversas garantías para facilitar no solo la presentación de iniciativas innovadoras, sino también su posterior desarrollo, sin merma alguna de los principios derivados de los Tratados de la UE<sup>84</sup>.

#### ***g) La licitación separada o la obligación de subcontratar determinadas prestaciones***

Otro mecanismo alternativo para potenciar la innovación en la contratación pública consiste en licitar de manera separada o independiente aquellas prestaciones que tengan un elevado contenido tecnológico, conforme a las posibilidades que ofrecen los artículos 22, 25, 86 y 109 del TRLCSP, así como el artículo 2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (“RGLCAP”).

---

<sup>84</sup> Además, es posible articular un procedimiento ágil y seguro -o al menos, con el mismo nivel de agilidad y seguridad que otros procedimientos destinados a satisfacer necesidades públicas de elevada complejidad y relevancia estratégica-.

Esta cuestión ha sido abordada de manera recurrente por los órganos consultivos. Por ejemplo, el Informe 2/2005, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, plantea varias soluciones en relación con la problemática surgida en el marco de la contratación del suministro de diversos equipos de alta tecnología sanitaria. Una vez analizadas las características de la actuación proyectada, el Informe plantea las siguientes pautas de actuación, aplicables *mutatis mutandis* a otros expedientes contractuales:

- siendo distintos los equipos a suministrar, podrá dividirse el objeto del suministro en tantos lotes como equipos diferentes resulten necesarios para las distintas pruebas de diagnóstico que hayan de realizarse;
- para cada lote o tipo distinto de equipo o instalación a suministrar, cada licitador podrá presentar las variantes<sup>85</sup> que, en relación con determinados aspectos o características de los equipos, se admitan y se detallen en la documentación contractual;
- si el suministro se licitase como un objeto o lote único, integrado por la totalidad de los equipos a suministrar, tan sólo cabría la posibilidad de adjudicar el suministro a una única oferta.

De manera particular, la “*Guía de buenas prácticas para el fomento de la I+D+i en el ámbito de la contratación pública*”, elaborada por la Generalitat de Cataluña considera positivo para fomentar la innovación que se liciten de manera independiente las prestaciones que tengan las siguientes características:

- “*Prestaciones técnicas vinculadas a un gran contrato que tengan suficiente autonomía como para ser separadas del objeto principal sin que éste salga perjudicado.*”

---

<sup>85</sup> La presentación de variantes ya ha sido objeto de análisis con anterioridad.

- *Prestaciones de alto contenido tecnológico integradas en contratos que, en su totalidad, no son contratos con un componente tecnológico alto.*
- *Prestaciones técnicas, individualizables y separables técnicamente de la prestación principal que puedan ser contratadas separadamente mediante un sistema de lotes o mediante otro contrato*<sup>86</sup>.

En fin, son numerosos los dictámenes, manuales e informes que inciden en las bondades de la licitación independiente de prestaciones, siempre que ello sea técnicamente posible. Incluso se aconseja de manera expresa esta práctica en determinados sectores<sup>86</sup>.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que la licitación separada de prestaciones tiene sus propios límites. Por ello, su aplicación debe ser analizada caso a caso, atendiendo a posibles vulneraciones de los principios de publicidad y concurrencia<sup>87</sup>.

Como regla, el Informe 57/09, de 1 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, establece que *“es posible la contratación por separado de prestaciones que tienen individualidad propia siempre que no se encuentren vinculadas entre sí por vínculos funcionales u operativos, de tal forma que la ejecución y explotación de una o varias de ellas no sea necesaria para la ejecución y explotación de cualquiera de las demás”*.

Sea como fuere, en caso de que no proceda la aplicación de los artículos del TRLCSP que habilitan la licitación independiente, los poderes adjudicadores siempre tendrán la alternativa de acudir a las

previsiones de los artículos 227 y siguientes del TRLCSP en relación con la subcontratación<sup>88</sup>.

En particular, el artículo 227 del TRLCSP establece que los órganos de contratación *“podrán imponer al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50 por ciento del importe del presupuesto del contrato”*. Lo anterior siempre que las prestaciones objeto de subcontratación obligatoria gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto, que las haga susceptibles de ejecución separada<sup>89</sup>.

Además, las obligaciones de subcontratación se considerarán condiciones especiales de ejecución del contrato a los efectos de la eventual aplicación del régimen de penalidades o incluso de la propia resolución contractual.

De este modo, con la subcontratación sería posible llegar a un efecto similar al previsto en relación con la licitación independiente de prestaciones. También los propios documentos contractuales podrían establecer obligaciones adicionales. Por ejemplo, acerca de la transparencia y la publicidad en el procedimiento de subcontratación, etc.

## **7. LA COMPRA DE TECNOLOGÍA QUE IMPLICA DESARROLLO INNOVADOR**

### ***a) Cuestiones generales***

Tal y como se ha señalado con anterioridad, la Compra Pública de Tecnología Innovadora se define como *“la compra pública de un bien o servicio que no existe*

<sup>86</sup> Por ejemplo, en el artículo 5 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicación.

<sup>87</sup> Como es sabido, en ocasiones, los poderes adjudicadores fraccionan los contratos públicos con la finalidad de rebajar su valor estimado, y evitar así la aplicación de los umbrales de publicidad previstos tanto en el TRLCSP como en las Directivas comunitarias.

<sup>88</sup> Son múltiples los documentos que, tanto a escala comunitaria como a nivel nacional, ponen de manifiesto las bondades de la subcontratación. Ello es así teniendo en cuenta que puede favorecer la participación de ciertas empresas en la contratación pública, en particular de las PYME.

<sup>89</sup> Entre otras cuestiones, *“por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla”*.

*en el momento de la compra pero que puede desarrollarse en un periodo de tiempo razonable*". Por lo tanto, conlleva el desarrollo de productos o servicios no disponibles en el momento en el que los poderes adjudicadores los encargan. Precisamente, el avance en materia de I+D trae causa de la necesidad de cumplir con los requisitos demandados por el comprador público.

También se ha expuesto en apartados precedentes que, tanto la *"Guía sobre compra pública innovadora"* del Ministerio de Ciencia e Innovación, como el Informe 37/11, de 28 de octubre de 2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, orientan este tipo de compras innovadoras al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado<sup>90</sup>, previsto en el artículo 11 del TRLCSP.

En particular, la Guía considera que el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado *"es el instrumento contractual más específico para la compra pública innovadora, particularmente en su modalidad de Compra Pública de Tecnología Innovadora (CPTI)"*.

El artículo 11.1 del TRLCSP delimita las prestaciones que pueden ser objeto del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Y en particular, su apartado c) se refiere a *"la fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado"*.

Desde el punto de vista material, ninguna duda cabe de que la descripción contenida en el artículo 11.1.c) del TRLCSP se ajusta a la definición doctrinal de la Compra Pública de Tecnología Innovadora, toda vez que, entre otras cuestiones:

- implica el desarrollo de productos o servicios que no existen en el momento de la petición-encargo;
- conlleva la asunción de diversos riesgos por parte de la entidad contratante.

Desde un punto de vista formal<sup>91</sup>, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado constituye una tipología adecuada para este tipo de compras innovadoras, atendiendo a la flexibilidad que se le presupone. Entre otros, por los siguientes motivos:

- su adjudicación a través del procedimiento de diálogo competitivo permite, en teoría, que el órgano de contratación pueda delimitar de una manera más adecuada la forma de satisfacer sus necesidades;
- el procedimiento de licitación también facilita la evolución y mejora en las distintas soluciones finales ofertadas por los licitadores;
- la mayor libertad en la redacción de sus cláusulas<sup>92</sup>;
- el dinamismo de esta figura contractual.

Sin embargo, la utilización de este tipo contractual plantea también algún inconveniente. Por ejemplo:

- las dificultades en la tramitación administrativa del procedimiento de diálogo competitivo, a pesar de los esfuerzos para su estandarización<sup>93</sup>;
- la subsidiariedad de esta modalidad contractual, puesto que sólo podrá emplearse cuando otras

<sup>90</sup> Debido a la relevancia de esta tipología contractual, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado será objeto de un análisis específico en un apartado posterior.

<sup>91</sup> Carácter formal entendido en sentido amplio.

<sup>92</sup> En particular, las cláusulas que hacen referencia al reparto de riesgos, evolución de la técnica -la denominada cláusula de progreso-, propiedad intelectual e industrial, financiación, etc.

<sup>93</sup> Por ejemplo, en el Anexo I de la *"Guía sobre compra pública innovadora"* del Ministerio de Ciencia e Innovación.

fórmulas alternativas de contratación no permitan la satisfacción de las finalidades públicas. Por ejemplo, en teoría, si fuese posible que el objeto de la licitación encajase en la figura del contrato de suministro<sup>94</sup>, o en un contrato mixto, no podría emplearse el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado;

- la existencia de “teóricas” limitaciones desde un punto de vista subjetivo, ya que parte de la doctrina ha considerado, sobre la base de una interpretación literal del primer apartado del artículo 11 del TRLCSP, que solo pueden ser celebrados por “*una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas*”. Por lo tanto, el resto de entes, organismos y entidades que forman parte del sector público no podrían emplear esta figura contractual<sup>95</sup>.

Las circunstancias anteriores han conllevado que, en muchas licitaciones, las entidades contratantes hayan optado por utilizar otras figuras contractuales, a pesar de que materialmente su objeto podría encajar dentro del ámbito de aplicación del artículo 11.1.c) del TRLCSP<sup>96</sup>. Y, en definitiva, aunque la Compra Pública de Tecnología Innovadora se ajuste bastante bien a la definición del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, dichas compras podrían llegar a celebrarse a través de modalidades de contratación “ordinarias”.

<sup>94</sup> Por ejemplo, un contrato de suministros de fabricación.

<sup>95</sup> Vaya por delante que no compartimos totalmente esa afirmación. En la práctica, los entes, organismos y entidades no incluidos podrán celebrar contratos con un contenido material similar. Tampoco existiría una justificación aparente para argumentar que no podrían emplear el diálogo competitivo.

<sup>96</sup> Por ejemplo, el “*contrato de suministro, instalación y explotación de una infraestructura de cálculo de las prestaciones para apoyo a la actividad investigadora de las entidades presentes en el PCTT. Súper Ordenador TEIDE*”, o el “*contrato mixto (servicios y suministro), para la definición, diseño, desarrollo, provisión, implantación, soporte y mantenimiento de un sistema inteligente de monitorización y control de gestión de la energía en edificios públicos integrado con la Plataforma Coruña Smart City*”.

Por todas estas cuestiones, a pesar de la preferencia por la aplicación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, la propia “*Guía sobre compra pública innovadora*”, en diversos epígrafes, no solo no excluye, sino que admite de manera expresa la utilización de otras tipologías contractuales -y, por lo tanto, la aplicación de procedimientos “ordinarios” de licitación-.

De hecho, es bastante llamativo que algunos comentarios y reflexiones jurídicas sobre la compra de tecnología innovadora vinculen, de manera indubitada, esta modalidad de adquisición al artículo 11.1.c) del TRLCSP. No solo porque los restantes apartados del precepto en cuestión podrían conllevar la incorporación de tecnología innovadora<sup>97</sup>, sino porque otras figuras contractuales también serían susceptibles de satisfacer tales necesidades públicas.

#### ***b) Sugerencias de la “Guía sobre compra pública innovadora” para la redacción de pliegos en los procedimientos ordinarios***

La “*Guía sobre compra pública innovadora*” del Ministerio de Ciencia e Innovación realiza diversas sugerencias con la finalidad de facilitar la Compra Pública de Tecnología Innovadora, en aquellos supuestos en los que el órgano de contratación utilice procedimientos de licitación ordinarios. Además, dedica un apartado a desarrollar posibles recomendaciones para aplicar en la redacción de los documentos contractuales.

Entre tales sugerencias, merecen ser destacadas las que se refieren a los criterios de valoración del contrato<sup>98</sup>:

- la “gradación” del contenido de I+D en el posterior desarrollo del contrato<sup>99</sup>;

<sup>97</sup> En particular, los apartados a) y b) del artículo 11.1 del TRLCSP.

<sup>98</sup> Algunas de ellas ya han sido comentadas previamente, toda vez que *mutatis mutandis* también podrían resultar de aplicación en los pliegos relativos a las compras regulares.

- el plazo de ejecución del objeto del contrato, en directa relación con el punto anterior<sup>100</sup>;
- el volumen o el porcentaje del precio del contrato destinado al desarrollo del producto;
- las mayores o menores probabilidades de producir patentes;
- mayor o menor probabilidad de desarrollos futuros;
- la posibilidad de proyectar la innovación a otros ámbitos de interés público;
- mayor o menor capacidad de la innovación propuesta para producir una mejora en la prestación de un servicio público concreto, un ahorro de costes, una optimización energética o ambiental, etc.
- el alcance y el grado de detalle de las mejoras técnicas ofertadas, en los términos predefinidos en el anuncio de licitación.

La Guía también hace mención a otros mecanismos que podrían ser incorporados en los pliegos de las licitaciones relativas a Compra Pública de Tecnología Innovadora. Son más “específicos”, y su utilización estará en función de la tipología y del objeto de la contratación.

Así, para mejorar la regulación de los procedimientos ordinarios, la Guía remarca la necesidad de reforzar los siguientes aspectos: la confidencialidad de las ofertas presentadas; la regulación de la I+D; el régimen presupuestario; la posible financiación de la

<sup>99</sup> Estableciendo una escala, por ejemplo, en la que los extremos sean, respectivamente, el más alto y el más bajo contenido en I+D. Por razones obvias, sería necesario delimitar de manera clara el alcance de este criterio, así como el de los subcriterios que en su caso correspondan.

<sup>100</sup> Toda vez que un mayor contenido de I+D requeriría de mayores plazos de desarrollo.

innovación ofertada<sup>101</sup>; la regulación de los derechos de propiedad intelectual e industrial, etc<sup>102</sup>.

Teniendo en cuenta su particularidad, y que no plantean problemática alguna desde el punto de vista de la contratación pública, nos remitimos a la Guía citada para contrastar su alcance y desarrollo.

***c) Sugerencias de la “Guía sobre compra pública innovadora” para el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y para el diálogo competitivo***

La “Guía sobre compra pública innovadora” del Ministerio de Ciencia e Innovación también realiza sugerencias para facilitar la Compra Pública de Tecnología Innovadora, en aquellos supuestos en los que resulte procedente la utilización de la figura del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado -y, por lo tanto, su licitación se lleve a cabo a través del diálogo competitivo-.

En tal sentido, por una parte, en el Anexo I<sup>103</sup> de la Guía se incorpora un cronograma del procedimiento de licitación a través del diálogo competitivo, con la finalidad de superar algunas de las dudas que se suscitan en su tramitación.

Por otra parte, la Guía, con el doble objetivo de mejorar la documentación contractual y facilitar una mayor participación de las empresas innovadoras en los procedimientos de licitación, propone la inclusión de una serie de cláusulas referidas a la posibilidad de financiación de la actividad innovadora en el anuncio

<sup>101</sup> En particular, la Guía detalla múltiples aspectos en relación tanto con la garantía de la financiación de las actividades de I+D, como con las entidades financiadoras. La temática de la financiación debe ser analizada desde un punto de vista amplio, teniendo en cuenta las múltiples posibilidades que ofrecen las Instituciones comunitarias, y también la Administración General del Estado.

<sup>102</sup> Tanto en relación con las tecnologías propietarias aportadas, como sobre los nuevos bienes y tecnologías desarrolladas.

<sup>103</sup> ANEXO I: “Cronograma del Contrato de Colaboración entre el sector público y el sector privado a adjudicar mediante el procedimiento de Diálogo Competitivo”.

de licitación y, si procede, en los restantes documentos preparatorios del contrato<sup>104</sup>.

Esta posibilidad de financiación tiene dos elementos o características básicas<sup>105</sup>:

- se configura como “*un instrumento adicional de apoyo a las empresas para incentivar la presentación de ofertas más innovadoras*”. A tal efecto, la Guía aconseja que la concesión de financiación sea conocida por el operador económico antes de la presentación de su oferta en el procedimiento de licitación<sup>106</sup>;
- aunque la financiación está relacionada con la contratación, ambos procedimientos son, por razones obvias, independientes. La concesión de la financiación no condiciona, por lo tanto, el resultado de la licitación.

Para implementar este tipo de esquemas, la Guía sugiere que se establezca, con carácter previo, un “*Marco de colaboración*” entre la entidad financiadora y el comprador público. Este documento regulará los términos y condiciones esenciales bajo las cuales serán financiadas las actividades de I+D asociadas a la Compra Pública de Tecnología Innovadora -tales como condiciones de financiación, criterios de análisis para valorar si una actividad puede ser financiada, procedimiento de solicitud de la financiación, etc.-.

Finalmente, al margen de estas relevantes cuestiones financieras, no conviene olvidar que algunas de las recomendaciones que realiza la Guía para los pliegos que regularán los procedimientos ordinarios también podrían compartirse con esta tipología contractual. Como veremos, además, el contenido del contrato de colaboración entre el sector público y el sector

privado es bastante flexible, y puede ofrecer incluso mayor margen de actuación.

## 8. EL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO

### a) Cuestiones generales

El contrato típico de colaboración entre el sector público y el sector privado, como tal, no se regula en la legislación comunitaria en materia de contratos públicos. Su tipificación legal fue una decisión del legislador español, en el marco de la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

En su exposición de motivos, dicha Ley se refiere a esta figura contractual en los siguientes términos: “*nominados únicamente en la práctica de la contratación pública, la Ley viene, finalmente, a tipificar normativamente los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, como nuevas figuras contractuales que podrán utilizarse para la obtención de prestaciones complejas o afectadas de una cierta indeterminación inicial, y cuya financiación puede ser asumida, en un principio, por el operador privado, mientras que el precio a pagar por la Administración podrá acompañarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto*”.

De esta referencia se pueden deducir tres de las características más relevantes y definitorias de esta tipología contractual:

- solo se podrá aplicar para la contratación de prestaciones complejas;
- el órgano de contratación no puede determinar *a priori* el alcance de las prestaciones a satisfacer por el futuro contratista;

<sup>104</sup> En concreto, en el Programa Funcional.

<sup>105</sup> No plantea problemática desde un punto de vista contractual.

<sup>106</sup> Sin duda, este escenario se acomoda a las características del procedimiento de diálogo competitivo.

➤ a pesar de que la denominación empleada por el legislador español puede llevar a confusión, el objeto del contrato no recoge, ni mucho menos, todas las manifestaciones de lo que en el mercado se conoce como colaboración público privada (PPP). De hecho, como ejemplo, el propio TRLCSP regula de manera separada tanto las concesiones de obras y servicios, como los supuestos de aplicación de la colaboración público-privada institucionalizada.

La definición del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado queda establecida por el artículo 11.1 del TRLCSP en los siguientes términos:

*“Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:*

- a) *La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.*
- b) *La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.*
- c) *La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.*

- d) *Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.*

A la vista de esta definición cabe recordar, en primer lugar, que las prestaciones incluidas en la letra c) del artículo 11.1 del TRLCSP se ajustan a la definición de Compra Pública de Tecnología Innovadora, y que tanto el Ministerio de Ciencia e Innovación como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado han considerado que tales adquisiciones se deberían realizar preferentemente utilizando la figura del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Ahora bien, tal y como se ha señalado en el apartado anterior, la innovación -y, de manera particular, la incorporación de avances tecnológicos innovadores- podría también tener cabida en los apartados a) y b) del artículo 11.1 del TRLCSP<sup>107</sup>.

Por otra parte, ya se ha comentado que el artículo 11.2 del TRLCSP establece una relevante limitación al uso de esta tipología contractual: *“sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 134, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas”*.

En consecuencia, la complejidad de la prestación se convierte en un requisito ineludible de este contrato, pues *“cuando se trate de prestaciones no complejas, evidentemente podrá satisfacerse la necesidad de que se trate a través de cualquiera de las otras figuras contractuales que la Ley contempla”*<sup>108</sup>. Esta complejidad puede afectar tanto a las especificaciones técnicas de la prestación como a cobertura jurídica y financiera del contrato.

<sup>107</sup> Sirvan de ejemplo algunos contratos de larga duración relativos a la gestión de instalaciones energéticas. Su ejecución puede conllevar la incorporación y desarrollo de equipos e infraestructuras innovadoras y de elevada complejidad técnica.

<sup>108</sup> Informe 53/09, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.



Al margen de la obligación de justificar de manera objetiva la necesidad de acudir a esta tipología contractual, el comprador público debe hacerse cargo de que tanto la licitación como la posterior gestión de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado requieren del personal y de los medios adecuados, tanto desde un punto de vista técnico como jurídico, y también económico<sup>109</sup>.

### ***b) Actuaciones preparatorias del contrato***

Los artículos 134 y siguientes del TRLCSP regulan las actuaciones preparatorias de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado: la evaluación previa, el programa funcional y el documento descriptivo.

La evaluación previa (artículo 134 del TRLCSP) tiene como finalidad acreditar la complejidad de la prestación, en cuanto que requisito habilitante para la utilización de este tipo de contrato.

Así, con carácter previo al inicio del expediente de contratación, el comprador público deberá elaborar un documento de evaluación en el que *“ponga de manifiesto que, habida cuenta de la complejidad del contrato, no se encuentra en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, y se efectúe un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación”*.

<sup>109</sup> Debido precisamente a su complejidad y a la duración de la relación contractual, en ocasiones, la gestión de los contratos de colaboración público-privada no es pacífica, con independencia de su encaje en una determinada tipología contractual.

El documento de evaluación previa será elaborado por un órgano colegiado donde se integren expertos con cualificación suficiente en la materia sobre la que verse el contrato. En concreto, el artículo 321.2 del TRLCSP establece que esta función la llevará a cabo la “Mesa Especial de Diálogo Competitivo”<sup>110</sup>.

El programa funcional (artículo 135 del TRLCSP) es un documento elaborado por el órgano de contratación, a la vista del resultado de la evaluación previa. Recoge los elementos básicos que informarán el diálogo competitivo, tales como: la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer; los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deben incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo; los criterios de adjudicación del contrato, etc.

El documento descriptivo (artículo 136 del TRLCSP) es, documentalmente, la última etapa de la fase preparatoria del contrato. Se trata de un documento elaborado también por el órgano de contratación, que en esta tipología contractual sustituye a los pliegos administrativos y técnicos<sup>111</sup>.

Por lo tanto, además de incluir el programa funcional<sup>112</sup>, ha de definir tanto las necesidades como los requerimientos económicos, jurídicos y técnicos de la contratación. De igual modo, establecerá los criterios de adjudicación y, en su caso, la delimitación de las fases del diálogo.

### ***c) Contenido del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado***

Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado deberán incluir necesariamente, además del contenido mínimo previsto en el artículo

<sup>110</sup> Por razones de urgencia no imputables al comprador público, la evaluación previa podrá realizarse de forma sucinta.

<sup>111</sup> El artículo 109.3 del TRLCSP establece que *“los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas serán sustituidos por el documento descriptivo”*.

<sup>112</sup> Conforme al mandato del artículo 135 del TRLCSP.

26 del TRLCSP<sup>113</sup>, diversas cuestiones específicas para esta tipología contractual, que se recogen en el artículo 136 del TRLCSP. Entre otras, con carácter enunciativo, las siguientes:

- las prestaciones que constituyen su objeto;
- las condiciones de reparto de riesgos entre el comprador público y el contratista. De manera particular, se deberá desglosar y precisar “*la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones*”;
- los objetivos de rendimiento asignados al contratista. En especial, en lo que concierne a la calidad y a la disponibilidad de las prestaciones debidas;
- la retribución del contratista, así como, en su caso, las causas y mecanismos para determinar sus posibles variaciones durante el periodo de duración del contrato<sup>114</sup>;
- las fórmulas de control de la adecuada ejecución del contrato;
- las sanciones y penalidades aplicables en caso de incumplimiento;
- condiciones relativas a la ejecución y extinción del contrato -tales como la modificación, interpretación y resolución contractual; la cesión del contrato; el régimen de la subcontratación de prestaciones, etc.-.

<sup>113</sup> El artículo 26 del TRLCSP regula el contenido mínimo de todos los contratos celebrados por el sector público, tales como la definición del objeto del contrato, el precio, la duración del contrato, las condiciones de recepción, entrega o admisión de las prestaciones, etc.

<sup>114</sup> El artículo 11.4 del TRLCSP establece que la contraprestación a percibir por el contratista “*consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento*”.

Teniendo en cuenta el contenido necesario del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, parece evidente que existe un cierto margen para que los compradores públicos puedan diseñar esquemas contractuales más flexibles, que favorezcan el interés público y, además, que resulten atractivos para los operadores económicos<sup>115</sup>.

En particular, es importante que en este tipo de contratos se regulen de manera adecuada cuestiones tales como el reparto de riesgos, el impacto de la evolución de la técnica durante el periodo de duración del contrato, los derechos de propiedad intelectual e industrial, las condiciones retributivas para el contratista, las posibilidades de financiación pública de la actuación, etc.

Aunque todas las cuestiones mencionadas en los párrafos anteriores son muy relevantes, tres de ellas pueden tener una notable incidencia práctica en la gestión contractual.

En primer lugar, la retribución del contratista: se ha de regir por criterios de mercado. Debería estar condicionada por los parámetros de calidad y/o disponibilidad, así como por los objetivos y resultados que dicho contratista deba alcanzar en el desempeño de sus tareas -previa evaluación objetiva de su prestación-.

En segundo lugar, el reparto de riesgos: el criterio general en materia de contratación pública es que el contratista asume la ejecución del contrato a su riesgo y ventura. Sin embargo, dicho criterio ha evolucionado a lo largo de los años, pasando de una interpretación casi absoluta hasta la actual, más flexible, y en la que se admiten de manera clara diversas excepciones<sup>116</sup>.

<sup>115</sup> Un margen que, por razones obvias, se ve incrementado por las posibilidades que ofrece la fase de diálogo.

<sup>116</sup> Atendiendo a conceptos tales como la fuerza mayor, el riesgo imprevisible, el *factum principis* o el *ius variandi* del órgano de contratación.

La regulación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado incide en esta cuestión, puesto que se remite específicamente a las “*condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista*”.

A este respecto, parte de la doctrina ha entendido que la mención del TRLCSP es una suerte de invitación a la compartición plena de riesgos entre las partes, de modo análogo a lo que sucedería en un contrato entre privados. Esta interpretación no es asumible en la realidad práctica, o al menos no con un alcance tan amplio<sup>117</sup>.

Sin embargo, sí parece evidente que la intención del legislador es que el contratista, aunque asuma el riesgo del contrato en proporción sustancial, solo se ocupe de aquellas cuestiones que sea realmente capaz de gestionar. Y que en este tipo de contrato, de elevada complejidad, el comprador público y el contratista puedan establecer unas bases mínimas suficientes para garantizar su viabilidad, incluso en circunstancias extraordinarias.

Finalmente, el seguimiento del contrato: es necesario contemplar mecanismos adecuados de seguimiento del contrato, con la finalidad de que las necesidades públicas se satisfagan con la máxima precisión.

Entre las múltiples alternativas, y al margen de las clásicas potestades administrativas -en caso de que resulten admisibles, en función de las características subjetivas del órgano de contratación y de la naturaleza administrativa o privada del contrato-, se pueden prever órganos o unidades de composición mixta, controles internos o externos, protocolos y manuales para resolver controversias y situaciones de crisis, etc.

---

<sup>117</sup> Sí sería más razonable, por ejemplo, en esquemas de colaboración público-privada institucionalizada.

## ***d) Procedimiento de licitación. Desarrollo del diálogo competitivo***

### ***d.1) Origen del procedimiento***

El artículo 180.3 del TRLCSP establece que, de manera obligatoria, los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado deberán adjudicarse a través del procedimiento de diálogo competitivo<sup>118</sup>.

Este procedimiento se introduce por primera vez en la Directiva 2004/18/CE, debido a la necesidad de alcanzar una mayor flexibilidad en la licitación de proyectos complejos<sup>119</sup>. El artículo 1.11.c) de la Directiva establece su definición en los siguientes términos: “*es un procedimiento en el que todo operador económico puede solicitar su participación y en el que el poder adjudicador dirige un diálogo con los candidatos admitidos a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades, soluciones que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta*”.

La existencia de contratos “particularmente complejos” en los que el uso de los procedimientos abierto o restringido no permite la adjudicación del contrato es el requisito esencial para la utilización de este procedimiento. Así se recoge en el artículo 29 de la Directiva 2004/18/CE. También, como se expone en posteriores epígrafes, en el TRLCSP.

La Directiva 2014/24/UE no solo mantiene la regulación de este procedimiento, sino que trata de potenciar su utilización. Es posible encontrar una

---

<sup>118</sup> Puede seguirse el procedimiento negociado con publicidad en el supuesto previsto en el artículo 170.a) del TRLCSP, esto es, cuando se haya seguido un procedimiento de licitación, y las proposiciones presentadas sean irregulares o inaceptables.

<sup>119</sup> Nota explicativa de la Comisión Europea sobre el procedimiento de diálogo competitivo. Dirección General del Mercado Interior. 2005. Según la Nota Explicativa, la oportunidad de este procedimiento de licitación viene derivada, en particular, de las limitaciones que conlleva el uso de procedimientos con negociación -que solo se pueden emplear en los supuestos tasados por las Directivas-.

justificación a esta decisión del legislador en el propio Considerando (42) de la nueva Directiva, el cual señala que

- el recurso al diálogo competitivo ha aumentado de manera significativa en términos de valor contractual en los últimos años;
- dicho procedimiento ha demostrado ser útil en aquellos casos en que los poderes adjudicadores no están en condiciones de definir los medios ideales para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones técnicas, financieras o jurídicas que puede ofrecer el mercado;
- en particular, se destacan las diversas y notables aportaciones del diálogo competitivo a la hora de desarrollar proyectos innovadores.

En todo caso, es importante recordar que el uso del diálogo competitivo no se vincula a la calificación del contrato como contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado <sup>120</sup>. En otras palabras, se puede utilizar también para la adjudicación de contratos de obras, servicios y suministros, siempre que concurran las causas legales para su utilización. En la normativa española, se recogen en el artículo 180 del TRLCSP.

#### ***d.2) Ámbito de aplicación***

Siguiendo los criterios establecidos por las Directivas comunitarias, el TRLCSP regula en su artículo 180.1 el presupuesto básico para la utilización del diálogo competitivo: podrá emplearse en el caso de *“contratos particularmente complejos, cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o el del*

*restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato”*<sup>121</sup>.

Para modular el requisito anterior, el apartado 2 del artículo 180 establece que *“se considerará que un contrato es particularmente complejo cuando el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir, con arreglo a las letras b), c) o d) del apartado 3 del artículo 117, los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto”*.

De este modo, las situaciones en las que resulta susceptible aplicar el diálogo competitivo se pueden esquematizar del modo que sigue<sup>122</sup>:

- las necesidades del órgano de contratación no son susceptibles de ser satisfechas fácilmente;
- el órgano de contratación no ha de ser capaz de establecer y/o delimitar con suficiente precisión las especificaciones técnicas bien en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, o bien por referencia a una norma, evaluación técnica europea, especificación técnica común, etc.; o
- tenga dificultades para articular la contratación de las prestaciones objeto de sus necesidades, al no poder garantizar la configuración jurídica o financiera de la licitación<sup>123</sup>;
- en todo caso, la “incapacidad” para definir las condiciones contractuales se trata de una suerte

<sup>120</sup> Entre otras cuestiones porque, como se ha dicho, esta tipología contractual no tiene equivalencia directa en las Directivas comunitarias.

<sup>121</sup> Es importante tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 138.2 del TRLCSP, solo procede recurrir al diálogo competitivo en los casos previstos en el citado artículo 180.

<sup>122</sup> Resulta interesante que la nueva Directiva 2014/24/UE no solo haya ampliado estos requisitos y presupuestos -al referirse también, por ejemplo, a aquellas prestaciones que incluyan un proyecto o soluciones innovadoras-, sino que también los extienda a la posible aplicación del procedimiento negociado.

<sup>123</sup> O al desconocer las condiciones en las que los operadores económicos podrían asumir o rechazar determinados riesgos jurídicos o financieros derivados de la contratación.

de “imposibilidad” objetiva. Esto es, no ha de ser imputable al órgano de contratación<sup>124</sup>;

Finalmente, sin ánimo de reiteración, es importante tener en cuenta que el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado es un tipo de contrato no regulado en la normativa comunitaria y que, a pesar de su denominación, no engloba todos los modelos que el mercado identifica con esquemas de colaboración público-privada (PPP)<sup>125</sup>.

### ***d.3) Fases del diálogo competitivo***

El artículo 179.1 del TRLCSP recoge algunas de las peculiaridades formales del diálogo competitivo, en términos muy similares a la definición originaria de la Directiva 2004/18/CE.

En tal sentido, dispone que en el marco de este procedimiento, el órgano de contratación lleva a cabo un diálogo con los candidatos seleccionados, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades, y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta.

A pesar de que el objetivo de esta Nota no es desarrollar de manera detallada las cuestiones procedimentales -al margen de apuntar algunas sugerencias y reflexiones-, sí conviene esquematizar sus fases más relevantes:

---

<sup>124</sup> De hecho, la Nota explicativa de la Comisión Europea sobre el procedimiento de diálogo competitivo remarca que el órgano de contratación tiene una obligación de diligencia a la hora de fijar las condiciones del contrato, por lo que no puede acudir directamente a este procedimiento sin verificar todas las alternativas posibles, antes de estimar la “imposibilidad”.

<sup>125</sup> Esta cuestión es evidente de una simple lectura del TRLCSP. No lo es tanto para el legislador comunitario, teniendo en cuenta que, hasta este año 2014, en esencia, las Directivas en materia de contratos públicos solo regulaban de manera detallada los contratos de obras, servicios y suministros -y muchos esquemas de PPP, de hecho, estaban fuera de su ámbito de aplicación-. Por ello, la Nota explicativa de la Comisión Europea sobre el procedimiento de diálogo competitivo remarca que no existe una relación automática entre la adjudicación de los modelos PPP, el diálogo competitivo y la complejidad técnica en su ejecución.

- *Apertura del procedimiento* (artículo 181.1 del TRLCSP)

El anuncio de licitación inicia de manera formal el procedimiento de diálogo. En dicho documento, el órgano de contratación dará a conocer a todos los operadores económicos potencialmente interesados sus necesidades y requisitos<sup>126</sup>. También delimitará los criterios de solvencia y, en su caso, el número mínimo/máximo de empresas a las que se invitará a tomar parte en el diálogo<sup>127</sup>.

- *Tramitación de las solicitudes de participación y selección de solicitantes* (apartados 2 y 3 del artículo 181 del TRLCSP)

A la hora de abordar la tramitación de las solicitudes de participación, así como el proceso de selección de solicitantes, el legislador español se remite casi en bloque a las reglas del procedimiento restringido, aunque sí existen algunas modulaciones relevantes.

La Mesa Especial del Diálogo Competitivo será la encargada de analizar las solicitudes y de seleccionar a los solicitantes. Una vez que la Mesa comunique al órgano de contratación el resultado de la evaluación, éste invitará a los candidatos seleccionados a participar en el diálogo.

En principio, las anteriores cuestiones no han de plantear mayor problemática. No obstante, sí conviene recordar algunas de las modulaciones que, de manera razonable, establece el Informe 6/11, de 28 de octubre de 2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa: en el procedimiento de diálogo competitivo “*el acto por el que se acuerda la*

---

<sup>126</sup> Que definirán en el anuncio o en el documento descriptivo.

<sup>127</sup> Si se decide limitar el número de empresas, el TRLCSP establece la obligación de que éste no podrá ser inferior a tres. La Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la Comisión Nacional de la Competencia considera que “*para favorecer la competencia en este procedimiento, se debe ser flexible con el número de empresas invitadas a participar que, siempre que sea posible, debería superar el mínimo legal de tres, de cara a garantizar una competencia efectiva*”.

*selección de los candidatos que van a ser objeto de invitación a participar en el mismo debe ser adecuadamente motivado (...) y debe ser notificado, tanto a los candidatos seleccionados (para lo cual se prevé la correspondiente invitación), como a los rechazados, debiendo contener dicha notificación (...) la información necesaria para que el candidato excluido o descartado en esta fase del procedimiento pueda interponer el correspondiente recurso”.*

- Diálogo con los candidatos (artículo 182 del TRLCSP)

El diálogo que se desarrollará con los invitados tendrá como finalidad determinar y definir los medios adecuados para satisfacer las necesidades públicas. Sus líneas esenciales son las siguientes:

- Pueden debatirse con los candidatos todos los aspectos del contrato.
- Los licitadores, en el marco del diálogo, han de presentar sus soluciones o propuestas.
- Es posible articular el diálogo en diversas fases sucesivas, a fin de reducir de manera progresiva las soluciones a examinar<sup>128</sup>.
- El respeto a los principios derivados de los Tratados comunitarios es un elemento muy importante de la fase estricta de diálogo. De hecho, la estandarización de protocolos, garantías y procesos es la clave de bóveda para lograr que este procedimiento sea eficaz y, además, preserve los derechos e intereses de los candidatos.

En relación con esta última cuestión, el TRLCSP remarca la importancia de los citados principios,

<sup>128</sup> Esta reducción, en su caso, se llevará a cabo mediante la aplicación de los criterios indicados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo -los cuales, *a priori*, deberán indicar si se va a hacer uso de esta posibilidad-. El número de soluciones que se examinen en la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva.

haciendo hincapié en la igualdad de trato en el suministro de información a los candidatos, así como en relación con la confidencialidad de las soluciones presentadas<sup>129</sup>.

Al margen de las diversas eventualidades que puedan surgir en el procedimiento, el órgano de contratación proseguirá el diálogo hasta que sea capaz de delimitar la solución -o las soluciones- que mejor responda a sus necesidades.

- Presentación y examen de las ofertas. Adjudicación del contrato (artículos 182.4 y 183 del TRLCSP)

Una vez que se declare cerrado el diálogo y se informe de ello a los participantes, el órgano de contratación les invitará a que presenten su oferta final, basada en la solución o soluciones presentadas durante la fase de diálogo.

Las ofertas que se presenten serán evaluadas siguiendo los criterios establecidos en el anuncio o en el documento descriptivo, y han de incluir todos los elementos necesarios para la realización del proyecto objeto de licitación<sup>130</sup>.

La culminación de las etapas anteriores será, como es natural, la adjudicación del contrato. Esta fase seguirá los criterios y pautas comunes a los restantes procedimientos de licitación, aunque los apartados 2 y 3 del artículo 183 del TRLCSP establecen un par de modulaciones específicas.

<sup>129</sup> Determina que el órgano de contratación “*dará un trato igual a todos los licitadores y, en particular, no facilitará, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto*”. Además, establece que “*el órgano de contratación no podrá revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste les comunique sin previo acuerdo de éste*”.

<sup>130</sup> El órgano de contratación, podrá solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información complementaria “*siempre que ello no suponga una modificación de sus elementos fundamentales que implique una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio*”.

La primera cuestión es material, y debe reflejarse y desarrollarse con carácter previo en los documentos que sirven de base para el diálogo: los contratos se adjudicarán *“únicamente sobre la base de los criterios de adjudicación para la licitación que sea la oferta económicamente más ventajosa”*<sup>131</sup>.

La segunda cuestión, más formal, consiste en que el órgano de contratación puede requerir al licitador cuya oferta se considere la más ventajosa para que aclare determinados aspectos de la misma o ratifique los compromisos que en ella figuran, siempre que con ello no se modifiquen elementos sustanciales de la oferta o de la licitación, se falsee la competencia, o se produzca un efecto discriminatorio.

## 9. BUENAS PRÁCTICAS Y REFLEXIONES SOBRE EL DIÁLOGO COMPETITIVO

Desde la incorporación a la normativa española de la figura del diálogo competitivo, algunas experiencias han permitido acreditar que dicho procedimiento puede ser una herramienta efectiva tanto para lograr una mejor satisfacción de las necesidades públicas, como -en particular- para incorporar cuestiones innovadoras.

No obstante, lo cierto es que también se pueden contrastar problemas relevantes en su aplicación práctica, que han provocado que su utilización no haya sido muy frecuente. Por ejemplo, con carácter enunciativo:

- la excesiva duración del procedimiento -en algunos casos, de hecho, se ha superado de manera amplia el año de tramitación hasta la adjudicación del contrato-;
- las escasas garantías otorgadas por algunos órganos de contratación en relación con la

<sup>131</sup> Criterio ya contemplado en el artículo 29 de la Directiva 2004/18/CE.

confidencialidad y la protección de los secretos comerciales de las propuestas que presentan los candidatos;

- la ausencia de protocolos fiables para articular la fase de diálogo con los candidatos de manera homogénea -como ejemplo, en lo que concierne a la sistemática para celebrar reuniones, facilitar información común de interés para presentar soluciones y/o preparar la oferta final, la presentación de documentos, etc.-;
- la falta de incentivos para los candidatos que participan en el diálogo, a pesar de que el artículo 179.2 del TRLCSP habilita al órgano de contratación para establecer mecanismos de compensación;
- el trabajo que debe desarrollar el personal dependiente del órgano de contratación a la hora de elaborar unas especificaciones comunes y homogéneas, que sirvan para presentar las ofertas finales;
- la falta de una adecuada planificación de las fases del diálogo, así como de su contenido;
- la necesidad de implementar y estandarizar mecanismos para que los licitadores puedan presentar sus ofertas finales con plena igualdad.

Teniendo en cuenta todas estas cuestiones, parece necesario reflexionar sobre la aplicación del diálogo competitivo, y apuntar posibles sugerencias y buenas prácticas<sup>132</sup>. Tanto desde el punto de vista de la

<sup>132</sup> Algunas de ellas, aunque se encuentran reflejadas de manera expresa en el TRLCSP, no parece que hayan sido optimizadas, por lo que se recogen también entre las sugerencias. Todo ello teniendo en cuenta las reservas derivadas de que cada licitación podría -y debería- conllevar particularidades, atendiendo a la naturaleza de las prestaciones a contratar.

experiencia española<sup>133</sup>, como también explorando las fórmulas empleadas en países de nuestro entorno -entre otros, Francia<sup>134</sup> o el Reino Unido<sup>135</sup>-. Y además, desde la óptica del desarrollo sugerido por la Comisión Europea<sup>136</sup>.

Entre otras recomendaciones, es posible destacar las siguientes:

- Actividades previas al diálogo

Antes de iniciar el procedimiento de diálogo, el comprador público deberá llevar a cabo diversas tareas al efecto de preparar la licitación -por ejemplo, los trabajos de planificación de las compras, la evaluación *ex ante* de las posibilidades que ofrece el mercado, la sistematización de las distintas fases y etapas del futuro procedimiento, etc.-.

Según algunos documentos relevantes<sup>137</sup>, la adecuada realización de las actividades previas es la etapa más importante del procedimiento -aunque formalmente, no se haya iniciado el diálogo competitivo-, y también es la fase que menos atención recibe<sup>138</sup>, así como la peor ejecutada.

---

<sup>133</sup> A pesar de que no ha sido muy utilizado en términos cuantitativos, desde un punto de vista cualitativo sí existen diversas experiencias a tener en cuenta.

<sup>134</sup> Entre otros documentos: (i) Charte du Dialogue Competitif. Enero de 2007; (ii) Guide du Dialogue Competitif. MEDEF. Febrero de 2007.

<sup>135</sup> Entre otros documentos: (i) Competitive Dialogue in 2008. Joint Guidance on using the procedure. HM Treasury & Office of Government Commerce; (ii) HM Treasury Review of Competitive Dialogue. 2010.

<sup>136</sup> Nota explicativa de la Comisión Europea sobre el procedimiento de dialogo competitivo. Dirección General del Mercado Interior. 2005.

<sup>137</sup> Por ejemplo, esta cuestión se pone de manifiesto en el documento HM Treasury Review of Competitive Dialogue. 2010. Este texto es bastante crítico, y considera que muchos órganos de contratación están haciendo un mal uso del diálogo competitivo, pues lo utilizan como un servicio de “consultoría gratuita”, y en muchas ocasiones, usan la información obtenida del sector privado para redefinir sus necesidades una vez iniciado el diálogo competitivo.

<sup>138</sup> Tanto por parte del legislador como de los compradores públicos.

Como resumen, cabe señalar que el órgano de contratación debe conocer sus necesidades, así como los requerimientos que demandará de los candidatos, antes de iniciar de manera formal el procedimiento de licitación.

- Adecuada definición de las características esenciales del proceso de diálogo en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo

El órgano de contratación debe detallar desde el inicio las principales líneas que informarán el procedimiento. No solo los aspectos que en sentido estricto serán objeto de diálogo; también otras cuestiones, como posibles conflictos de interés<sup>139</sup>, afecciones a derechos de propiedad intelectual, diseño de las reuniones, etc.

De manera particular, se recomienda que el órgano de contratación delimite con claridad las cuestiones que deben ser el objeto esencial del diálogo, y no que la discusión se centre en todos los aspectos del futuro contrato. Ello permitirá un diálogo fructífero y sin retrasos excesivos.

- Transparencia

Los operadores económicos han de conocer todas las reglas y procesos que puedan resultar aplicables a lo largo de las diferentes etapas del diálogo, así como el nivel de exigencia del comprador público en las diversas fases, la articulación de los flujos de información, etc. La regulación detallada de las reglas de juego es esencial para facilitar las tareas de los candidatos, y también para evitar que se produzcan dilaciones no deseadas en el procedimiento.

---

<sup>139</sup> Los manuales más relevantes en la materia consideran que una prevención adecuada de los posibles conflictos de interés facilita una concurrencia sana y leal en el procedimiento de diálogo. Aunque no es objeto de esta Nota, interesa remitirse al concepto de “conflicto de interés” que recogen las nuevas Directivas comunitarias.



- Timing del procedimiento

El órgano de contratación debería fijar y publicar un calendario estimativo para llevar a cabo las distintas fases o etapas del diálogo, que contemple las tareas relevantes a ejecutar en cada momento.

Ello incluirá un *timing* de reuniones realista y un esquema de plazos suficiente, a fin de que todos los candidatos dispongan de un periodo razonable para elaborar sus soluciones. También permitirá que los servicios del órgano de contratación puedan revisar los documentos presentados por los candidatos, obtener las conclusiones de las diferentes etapas del diálogo, y preparar y aprobar internamente los documentos para las futuras reuniones, así como aquellos que se pondrán en común con todos los candidatos.

La elaboración de una planificación precisa también permitirá a las partes estimar con mayor precisión los costes derivados de la participación en el diálogo.

- Progresividad

Se recomienda articular el diálogo en fases, con la finalidad de reducir de manera progresiva el número de soluciones a examinar. El propio artículo 182.3 del TRLCSP regula esta posibilidad.

La división del diálogo en fases o etapas permitirá, en esencia, eliminar todas aquellas soluciones que no permitan satisfacer adecuadamente las necesidades públicas. De hecho, se estima que la existencia de muchos candidatos en las etapas finales del diálogo competitivo tiene un impacto negativo tanto en tiempo como en eficiencia.

Por lo tanto, aunque resulta necesario garantizar una concurrencia razonable en la presentación final de ofertas, ello no implica que todos los candidatos iniciales lleguen a la última fase, si su presencia no

aporta realmente un valor añadido al procedimiento de licitación.

Además, la progresividad tendría otras relevantes ventajas añadidas para las partes. Por ejemplo, permitiría una mejora continuada de las soluciones objeto de análisis.

- Carácter formal

Es aconsejable que las soluciones de los operadores económicos se presenten por escrito, para facilitar su posterior análisis por el personal al servicio del órgano de contratación. De igual modo, también podría resultar oportuno que el formato que se establezca para su presentación sea flexible, pero también homogéneo.

En cuanto a la actuación del órgano de contratación, al margen de cumplir con las obligaciones formales establecidas en el TRLCSP, deberá comunicar por escrito a todos los candidatos cualquier información o actuación que pueda tener incidencia relevante en el procedimiento, o afectar al principio de igualdad de trato<sup>140</sup>.

- Primas o compensaciones

Como se ha señalado, el artículo 179.2 del TRLCSP establece que los órganos de contratación “*podrán establecer primas o compensaciones para los participantes en el diálogo*”.

Si el comprador público decide acogerse a esta posibilidad, se recomienda que los criterios para determinar la cuantía y los beneficiarios de las primas o compensaciones se recojan de forma clara en la convocatoria. De manera razonable, dichos criterios podrían atribuir estos beneficios a los candidatos que no resulten finalmente adjudicatarios, pero que hayan

---

<sup>140</sup> Obviamente, en esta sede se mantiene la regla general relativa al carácter formal de la contratación del sector público.

presentado soluciones con un valor añadido real para el desarrollo del procedimiento de diálogo.

- Metodología

El órgano de contratación podría disponer de diversas alternativas para enfocar el diálogo y sus fases. Entre otras, con carácter enunciativo:

- solicitar varias soluciones con cierto grado de definición, y utilizar el diálogo con los candidatos<sup>141</sup> para obtener una solución híbrida, que pueda servir para satisfacer de manera óptima sus necesidades;
- solicitar soluciones preliminares y aprovechar las eventuales fases del procedimiento para recabar soluciones más detalladas, una vez analizada la primera aproximación que realicen los candidatos a las necesidades públicas que haya planteado el órgano de contratación;
- comenzar el diálogo sobre la base de una solución predefinida por los servicios técnicos del órgano de contratación, atendiendo a la cual los candidatos puedan debatir y proponer mejoras; y
- de manera transversal, iniciar primero un diálogo sobre aspectos técnicos y operativos, para posteriormente -una vez obtenidas la “soluciones técnicas” más adecuadas para las necesidades públicas- abordar un diálogo sobre los aspectos financieros y jurídicos.

Por razones obvias, la metodología empleada estará en función de las concretas necesidades a satisfacer, de su complejidad técnica, de la propia naturaleza de las prestaciones que se tendrían que llevar a cabo para ejecutar el futuro contrato, etc.

---

<sup>141</sup> En su caso, introduciendo fases.

- Características de las soluciones

Las soluciones que presenten los candidatos en la fase de diálogo no han de ser consideradas como ofertas, ni desde un punto de vista formal, ni tampoco desde un punto de vista material. De manera razonable, el órgano de contratación no debería exigir a los candidatos la presentación de soluciones con un grado de detalle análogo al de una propuesta final. Tal nivel de desarrollo se exigirá en fase de oferta.

- Reuniones individuales y conjuntas

Las experiencias prácticas del diálogo competitivo, tanto a nivel estatal como a nivel europeo, han establecido modelos diversos a la hora de articular las reuniones en la fase de diálogo, en función de las características de la licitación.

A pesar de lo anterior, algunos manuales consideran que el diálogo en sentido estricto:

- se debe llevar a cabo de manera individual con cada licitador, como práctica general. Entre otras, por razones de confidencialidad, secretos comerciales, facilidad de interlocución, etc.;
- se aconseja la convocatoria de reuniones conjuntas para comunicar cuestiones relevantes a todos los candidatos, como mecanismo para garantizar el principio de igualdad.

En todo caso, como ya se ha señalado, es oportuno que el órgano de contratación ponga de manifiesto de inicio el esquema de las reuniones, para maximizar la transparencia, etc.

- Confidencialidad

El artículo 182.2 del TRLCSP establece genéricamente que “el órgano de contratación no podrá revelar a los demás

*participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste les comuniquen sin previo acuerdo de éste”.*

La confidencialidad en materia de contratación pública ha sido objeto de un amplio desarrollo en los últimos años en sus diversas manifestaciones<sup>142</sup>, tanto desde un punto de vista legislativo como Jurisprudencial.

En el diálogo competitivo, la confidencialidad tiene una especial importancia, debido a la complejidad técnica que, en hipótesis, conllevarán las soluciones y ofertas planteadas por los candidatos, y a su relación con posibles derechos de propiedad intelectual e industrial.

Desde esta óptica, es recomendable que, bien en el documento descriptivo, bien en la invitación a tomar parte en el diálogo, se traslade a la firma de los candidatos un acuerdo o compromiso en relación con la delimitación de aquellos concretos aspectos que tendrían carácter confidencial, y también con la utilización en el procedimiento de especificaciones que estén protegidas por derechos exclusivos.

- Documento descriptivo final

El TRLCSP no contempla una regulación detallada de la tramitación desde el cierre del diálogo hasta la posterior presentación de las ofertas por parte de los participantes. Aunque sí es posible destacar dos cuestiones esenciales:

- Una vez finalizada la fase de diálogo, el comprador público no puede establecer nuevas consultas o negociaciones con los candidatos.

- Las ofertas finales deberán estar basadas en las soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo.

A estas dos modulaciones habría que añadir una tercera, aunque no esté recogida de manera expresa en los artículos 182 y 183 del TRLCSP: la solución final que sirva de referencia para presentar las propuestas definitivas debe estar construida sobre especificaciones técnicas que permitan el acceso en condiciones de igualdad y no discriminatorias a todos los candidatos invitados a ofertar. De otro modo, además, podrían existir notables problemas a la hora de comparar las ofertas.

Por ello, se aconseja elaborar una suerte de documento descriptivo final, en el que se refundan las soluciones planteadas por los candidatos que sean de utilidad para el órgano de contratación. Dicho documento servirá para que se puedan formular las ofertas en pie de igualdad.

## 10. LA COMPRA PRECOMERCIAL

### a) Cuestiones generales

Conforme a la descripción realizada en el Apartado 5 de esta Nota, la contratación precomercial se refiere, en principio, “*a un planteamiento de la contratación de servicios de I+D distinto de aquellos según los 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, y no constituya ayuda estatal*”.

De este modo, esta figura consiste, en esencia, en la contratación de servicios de I+D, en una fase previa a la comercialización, para desarrollar soluciones innovadoras que superen las existentes en el mercado y que, en particular, den mejor satisfacción a una potencial demanda pública.

<sup>142</sup> Como derecho-deber, y también en materia de acceso a expedientes de contratación, etc.

La “Guía sobre compra pública innovadora” del Ministerio de Ciencia e Innovación también recoge de manera expresa la finalidad de la compra precomercial: “*se centra en la búsqueda de soluciones a posibles demandas futuras que puedan plantearse desde el sector público, con el fin de abordar el tratamiento de las necesidades públicas para las cuales no existe una solución en el mercado*”.

Desde un punto de vista contractual, en la práctica, una de las primeras referencias a esta figura se lleva a cabo en la Directiva 2004/18/CE, que determina que este tipo de contrataciones está excluido de su ámbito de aplicación<sup>143</sup>.

Con posterioridad, en el ámbito de la Unión Europea se han elaborado diversos documentos que, directa o indirectamente, analizan la utilización de esta figura y estudian sus potencialidades. Y concluyen que la compra precomercial:

- ✓ ha sido poco utilizada por los países miembros;
- ✓ posee una especial virtualidad en áreas tales como la atención sanitaria, la gestión energética o la seguridad;
- ✓ es muy necesaria para mejorar el rendimiento de la innovación. Incrementará las inversiones en I+D; mejorará la capacidad económica de Europa; convertirá las nuevas invenciones en nuevos productos y puestos de trabajo, etc.;
- ✓ tiene un papel clave a la hora de reducir las diferencias existentes entre la Unión Europea y sus competidores, como EEUU o Japón. Estos países han venido utilizando durante los últimos

años los mecanismos que ofrece la contratación de I+D, con la finalidad de dar respuesta a aquellas necesidades públicas para las que el mercado no ofrece soluciones;

- ✓ facilita a los poderes públicos una participación casi inicial en el proceso de innovación. Ello permite, a su vez, que la Administración pueda detectar de manera anticipada “*posibles aspectos normativos que deban abordarse para garantizar la introducción a tiempo de las nuevas soluciones en los servicios públicos y otros mercados*”.

El artículo 14 de la nueva Directiva 2014/24/UE contiene también previsiones en relación con los servicios de investigación y desarrollo. En concreto, mantiene la exclusión de su ámbito de aplicación de aquellos contratos de servicios de I+D que se englobarían dentro de la contratación precomercial.

Así, la nueva Directiva se aplicará únicamente a los contratos de servicios 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:

- ✓ que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, y
- ✓ que el servicio prestado sea remunerado de manera íntegra por el poder adjudicador.

En España, el grueso de la regulación sobre la compra precomercial se recoge en los artículos 4.1.r) y 13.2.b) del TRLCSP.

Por una parte, el artículo 4.1.r) del TRLCSP, de manera similar a las Directivas comunitarias, excluye de su ámbito de aplicación a “*los contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el*

<sup>143</sup> La base de esta exclusión se recoge en el Considerando 23 de la propia Directiva que establece que: “*en virtud del artículo 163 del Tratado, el fomento de la investigación y del desarrollo tecnológico constituye uno de los medios para reforzar las bases científicas y tecnológicas de la industria de la Comunidad, y la apertura de la contratación pública de servicios coadyuvará a la realización de este objetivo. La cofinanciación de programas de investigación no debe ser regulada por la presente Directiva (...)*”.

*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”.*

Como ejemplo, el Informe 3/2012, de la Junta Consultiva de Contratación de Canarias, enumera los requisitos para que estos contratos de I+D estén excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP:

- *Han de tener por objeto la investigación científica y técnica necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado.*
- *Han de incluir la posibilidad de explotar con terceros el resultado de los trabajos realizados.*
- *Han de ser remunerados íntegramente por el órgano de contratación.*

Por otra parte, el artículo 13.2.b) del TRLCSP establece 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”.*

De los citados artículos del TRLCSP se puede concluir que, si bien la compra precomercial no está sometida directamente a la normativa en materia de contratación pública, si está sujeta a un régimen de competencia y, de manera señalada, a los principios derivados de los Tratados comunitarios.

Por ello, la licitación de este tipo de contratos debe respetar los principios de publicidad, concurrencia,

confidencialidad, igualdad y no discriminación, y de elección de la oferta económicamente más ventajosa.

Además, conforme a lo señalado en el artículo 4.2 del TRLCSP, los contratos que se liciten en el marco de la compra precomercial se regularán por sus propias normas. Solo en caso de dudas y lagunas se aplicarán los principios generales que contempla el TRLCSP.

Al margen de lo anterior, la normativa española en materia de contratos públicos no contempla otros preceptos a los que se pueda acudir como *“regulación general”* para articular la compra precomercial<sup>144</sup>.

De hecho, la única mención adicional en el TRLCSP a esta figura se recoge en su Disposición final quinta<sup>145</sup>. Con el fin de fomentar su utilización, establece la obligación del Consejo de Ministros de fijar en los presupuestos de cada Ministerio y de cada organismo vinculado a la Administración General del Estado las cuantías destinadas a la contratación precomercial.

Las lagunas en la regulación de esta materia por parte del TRLCSP, así como la inexistencia de una normativa de desarrollo de su artículo 4.1.r) -de ámbito estatal o autonómico- y, también, el silencio

<sup>144</sup> No obstante, sí existen referencias a la compra precomercial en normativas sectoriales, aunque con un carácter más formal que material. Por ejemplo, en el ámbito de los contratos de defensa. Así, *“los contratos, acuerdos técnicos o negocios jurídicos derivados de la política de I+D del Ministerio, incluidos los del artículo 4.1.r) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y los del artículo 7.1.k) de la Ley 24/2011, de 1 de agosto”* se encuentran incluidos dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto 1011/2013, de 20 de diciembre, de desconcentración de facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos, en el ámbito del Ministerio de Defensa. También, por razones obvias, en la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

<sup>145</sup> La Disposición final quinta del TRLCSP dispone que: *“el Consejo de Ministros, mediante acuerdo, fijará dentro de los presupuestos de cada Departamento ministerial y de cada Organismo público vinculado con o dependiente de la Administración General del Estado, las cuantías necesariamente destinadas a la financiación de contratos a los que hace referencia el artículo 4.1.r) de esta Ley. Una parte de las mismas podrá reservarse a pequeñas y medianas empresas innovadoras.”*

en la práctica totalidad de las regulaciones sectoriales<sup>146</sup>, configuran un esquema en el que la elaboración de los diversos documentos que sirven de base para la licitación es el aspecto realmente decisivo para articular la compra precomercial.

### **b) Características**

Del análisis tanto de la normativa como de la relevante documentación comunitaria existente en la materia, y también considerando lo dispuesto en la “*Guía sobre compra pública innovadora*” del Ministerio de Ciencia e Innovación, es posible destacar algunas de las características esenciales que perfilan el concepto de compra precomercial. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y algunas Juntas Consultivas de ámbito autonómico han tratado también de delimitar el alcance de esta figura<sup>147</sup>.

Además, los elementos esenciales que han de presidir la celebración de estos contratos se detallan en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 14 de diciembre de 2007, “*La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles*” [COM(2007) 799 final].

De esta Comunicación de 14 de diciembre de 2007 se extraen los ejemplos y actividades que se describirán en los siguientes apartados.

---

<sup>146</sup> Lo cierto es que en la normativa estatal -al margen de en materia de defensa-, solo hay breves menciones a esta figura en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, y en algunos Acuerdos del Consejo de Ministros. En el ámbito autonómico, en apariencia, solo se ha desarrollado esta figura para regular las convocatorias de las correspondientes licitaciones.

<sup>147</sup> Sirva de ejemplo lo señalado en el Informe 3/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, o en el Informe 13/11, de 10 de mayo de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

### **b.1) Su ámbito de aplicación se limita a los servicios de I+D**

El objeto de la contratación precomercial pertenece única y exclusivamente a la fase de investigación y desarrollo de los bienes y servicios, excluyendo cualquier tarea de comercialización.

De este modo, los servicios de I+D pueden cubrir actividades como la exploración y el diseño de soluciones, la creación de prototipos, o incluso la fabricación original de un volumen limitado de primeros productos o servicios a modo de serie de prueba<sup>148</sup>.

Sin embargo, están excluidas de su objeto otras prestaciones que, en esencia, se corresponderían con una ulterior fase destinada al desarrollo comercial. Entre otras: la producción o el suministro a gran escala para determinar la viabilidad comercial o recuperar los gastos de I+D; la integración o la adaptación de productos o procesos existentes; los ajustes y mejoras añadidos a los productos o procesos existentes.

Además, hay que reiterar que la compra precomercial es una compra de servicios<sup>149</sup>. Sin perjuicio de ello, en ocasiones, puede articularse como un contrato mixto de servicios y suministro, siempre que los servicios sean la prestación con más relevancia desde un punto de vista económico.

En relación con esta última cuestión, precisamente, la Comunicación de la Comisión Europea de 14 de diciembre de 2007 recuerda que las exenciones que

---

<sup>148</sup> La fabricación de un número limitado tendría como objetivo comprobar que el producto o servicio se presta a la producción a gran escala, satisfaciendo normas aceptables de calidad.

<sup>149</sup> Esta naturaleza se pone de manifiesto de manera expresa en las Directivas comunitarias, y también en el Informe 13/11, de 10 de mayo de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Este informe responde a una consulta específica sobre la materia, ya que el TRLCSP en su artículo 4.1.r) emplea la expresión “*contratos de investigación y desarrollo*”, y no la de servicios de I+D.

recogen las Directivas en materia de contratos públicos sólo se aplican a los contratos de servicios de I+D, y no a los suministros de I+D.

***b.2) Las actividades de I+D tratan de satisfacer necesidades públicas para las que no existe una solución en el mercado***

La compra precomercial tiene una finalidad muy precisa: dar satisfacción a necesidades públicas que no están cubiertas por el mercado. A título de ejemplo, el objeto de esta tipología contractual puede comprender desde nuevos métodos de detección y diagnóstico precoz de enfermedades, hasta procesos e instrumentos innovadores orientados a maximizar el ahorro energético en edificios públicos, pasando por la reducción de la contaminación en el transporte público, etc.

***b.3) Los órganos de contratación tienen un amplio margen para fijar el contenido y alcance material de la compra precomercial***

Tal y como se ha expuesto, conforme a lo señalado en el artículo 4.2 del TRLCSP, los contratos que se liciten en el marco de la compra precomercial se regularán por sus propias normas.

Sobre esta base, y considerando que no existe una regulación material imperativa a la hora de fijar el contenido de los contratos, es posible afirmar que los compradores públicos gozan de un amplio margen en la materia<sup>150</sup>.

Sin perjuicio de la libertad de actuación de los compradores públicos, es razonable delimitar unos parámetros de mínimos antes de abordar una hipotética licitación.

---

<sup>150</sup> Por razones obvias, no se tienen en cuenta en esta afirmación cuestiones internas, tales como limitaciones presupuestarias, etc., y se presupone además que tales compradores actuarán conforme al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

En tal sentido, además de la adecuada definición de las necesidades que se pretenden satisfacer con la compra precomercial, y de la fijación de los objetivos a alcanzar con la contratación, se deberán clarificar otros aspectos. Con carácter enunciativo:

✓ *Criterios de capacidad y solvencia de los licitadores*

Los compradores públicos, teniendo en cuenta el objeto de la compra precomercial, deberán establecer algún tipo de filtro para verificar la aptitud de los potenciales licitadores. Lo razonable sería acudir, por analogía, a los tradicionales requisitos de solvencia económica, técnica y profesional que, en este caso, se consideren más idóneos para el desarrollo de los servicios de I+D.

En particular, entendemos que en este tipo de licitaciones deberían primar cuestiones tales como los conocimientos técnicos, la experiencia en I+D, o los medios materiales y recursos comprometidos para la ejecución del objeto del contrato.

Hay que tener en cuenta, en todo caso, que aquí tendría una especial virtualidad la aplicación de los principios derivados de los Tratados comunitarios, por lo que estos requisitos de capacidad y solvencia no deben ser discriminatorios o desproporcionados.

✓ *Los derechos y obligaciones del comprador público y del operador económico privado*

Teniendo en cuenta la ausencia de un régimen específico, en la documentación de la licitación es muy relevante delimitar con claridad el régimen de derechos y obligaciones que resultará de aplicación al comprador público, así como al operador económico privado.

Precisamente, los documentos que sirvan de base para celebrar la contratación de I+D serán la fuente a la que acudir para resolver las cuestiones relativas al

cumplimiento, interpretación y efectos de la relación entre las partes.

De manera particular, se deberá analizar si resulta procedente regular y atribuir al comprador público un régimen de potestades administrativas -o bien de privilegios contractuales análogos-, atendiendo a la propia naturaleza de los contratos de servicios de I+D<sup>151</sup>.

✓ *El régimen retributivo y los beneficios compartidos*

Los documentos contractuales relativos a la compra precomercial deben regular también el régimen retributivo entre las partes. Se trata de una cuestión relevante y que debe analizarse en sentido amplio, toda vez que tanto el comprador público como el operador económico privado han de compartir los beneficios de la actuación.

En particular, el reparto de beneficios tiene que seguir criterios de mercado. Parámetros que se aplicarán, por razones obvias, a la hora de determinar la retribución que percibirá el operador económico por la prestación de los servicios de I+D en el marco del contrato adjudicado. En función del objeto de la compra precomercial, sería posible aplicar varios esquemas: unidades de ejecución, tanto alzado, retribución por resultados, etc.-.

✓ *Los derechos de propiedad intelectual e industrial*

Uno de los aspectos más relevantes de la compra precomercial es la regulación de los derechos de

---

<sup>151</sup>La posible existencia de potestades administrativas debe estar justificada, y no ser una simple “costumbre” heredada de los contratos públicos. Además, estará vinculada a la naturaleza del contrato que se celebre, y al tipo de entidad del sector público que lo suscriba. Por razones obvias, en relaciones jurídicas de naturaleza privada no parece correcto recoger potestades unilaterales para una de las partes -o al menos, no con la misma intensidad que en la normativa en materia de contratos públicos. Para reflexionar sobre la cuestión, no está de más recordar los razonamientos del profesor García de Enterría: “*las prerrogativas de la Administración en la contratación no surgen del propio contrato, sino de la posición jurídica general que ocupa la Administración*”.

propiedad industrial e intelectual, tanto en lo que concierne a los posibles beneficios a compartir entre las partes, como en lo relativo al acceso de terceros ante una hipotética y futura comercialización de los bienes y/o servicios fruto del contrato de I+D.

En particular, es importante que no se conceda al operador adjudicatario de la licitación ningún tipo de ventaja competitiva en relación con las futuras contrataciones que afecten a la comercialización de productos que traigan causa del resultado de los servicios de I+D. De otro modo, el comprador público no podría promover la concurrencia en las posteriores licitaciones de productos desarrollados. Y, *de facto*, se produciría un cierre de mercado.

Las Guías y Manuales relevantes en materia de compra precomercial recomiendan que el comprador público exija a los operadores económicos que faciliten a terceros el acceso a derechos de propiedad intelectual en condiciones de mercado razonables<sup>152</sup>.

✓ *Los mecanismos de seguimiento del contrato*

Los documentos relativos a la licitación de la compra precomercial deben prever mecanismos adecuados de seguimiento del contrato de I+D, con la finalidad de que su objeto se cumpla con la máxima precisión.

Como ejemplo, en algunas licitaciones se ha previsto la creación de una Comisión de Seguimiento, con un evidente perfil técnico. Sus finalidades son, entre otras: (i) velar por el adecuado cumplimiento de los principios comunitarios en la licitación; (ii) evaluar las propuestas presentadas por los licitadores; (iii) servir de nexo de comunicación entre el comprador público y los participantes en la licitación; (iv) llevar a cabo el seguimiento de las incidencias que puedan surgir en la ejecución del contrato.

---

<sup>152</sup> Por ejemplo, que se otorgue una licencia gratuita de uso interno para la Administración y, además, se garanticen licencias suficientes a terceros para no cerrar el mercado en una posterior comercialización.



✓ *La solución de situaciones de crisis y la resolución de controversias en el desarrollo del contrato*

El margen del que dispone el comprador público en el diseño de los procedimientos relativos a la compra precomercial puede facilitar que esta figura incorpore soluciones novedosas -tanto organizativas como procedimentales- para el arreglo de las situaciones de crisis y de las controversias que puedan suscitarse en el desarrollo de la relación contractual.

Por ejemplo, desde un punto de vista organizativo, la Comisión de Seguimiento mencionada en el epígrafe anterior podría facilitar la interrelación de las partes, y ser un foro adecuado para resolver las posibles discrepancias. O también, desde un punto de vista procedimental, cabe la posibilidad de incorporar al contrato mecanismos, protocolos y soluciones consensuadas entre las partes<sup>153</sup>, teniendo en cuenta que, en cierto modo, el operador privado y el comprador público son “socios” que se necesitan mutuamente para el buen fin del contrato de I+D.

✓ *Otras cuestiones*

Además, podrían resultar de aplicación, en función de la naturaleza del objeto contractual, algunas de las sugerencias realizadas con anterioridad en relación con las compras regulares y la Compra Pública de Tecnología Innovadora.

Por ejemplo, hay que recordar que el propio artículo 4.1.r) del TRLCSP establece que las licitaciones de estos contratos de I+D estén sujetas al principio de “elección de la oferta económicamente más ventajosa”. De igual modo, puede ser aconsejable que en estas licitaciones se valoren las mejoras relacionadas con el objeto del contrato, etc.

A la vista de los epígrafes anteriores, la primera referencia para los compradores públicos a la hora de

<sup>153</sup> Es posible encontrar ejemplos en Derecho comparado.

delimitar todas estas cuestiones es la regulación en materia de contratos públicos. Sin duda, acudir al TRLCSP es la opción más “natural”. Pero debe tenerse en cuenta que la flexibilidad otorgada por el legislador comunitario al excluir del ámbito de aplicación de las Directivas a este tipo de contratos de servicios de I+D tiene su razón de ser en la especialidad de las relaciones jurídicas que se derivan de la compra precomercial<sup>154</sup>.

Por ello, las ventajas derivadas de la laxitud de la normativa vigente han de ser aprovechadas por los compradores públicos. De manera particular, se deberían evitar remisiones sistemáticas al TRLCSP en la documentación contractual<sup>155</sup>.

Finalmente, conviene hacer mención, debido a su evidente particularidad, a una de las reglas contenidas en el artículo 51 del Reglamento (UE) nº 1290/2013, por el que se establecen normas de participación y difusión aplicables a Horizonte 2020. En concreto, establece que, en la contratación precomercial que se lleve a cabo dentro de su ámbito de aplicación, se podrán incluir condiciones específicas “tales como que el lugar en el que vayan a desarrollarse las actividades objeto de contratación esté limitado al territorio de los Estados miembros y de los países asociados a Horizonte 2020”, en aquellos supuestos en los que la medida esté justificada por el objetivo de las acciones.

#### ***b.4) Sujeción a la competencia***

A pesar de que la compra precomercial se excluye del ámbito de aplicación del TRCLSP, el propio artículo 4.1.r) refleja que las licitaciones de los contratos de I+D se han de someter de manera obligatoria a los principios derivados de los Tratados comunitarios.

<sup>154</sup> Así, estas relaciones necesitan un marco contractual que, como traje a la medida, otorgue respuestas a la problemática que se puede plantear en su ejecución.

<sup>155</sup> O emplear los modelos tipo de pliegos que habitualmente se emplean para las compras ordinarias de bienes, servicios y suministros.

Entre otros: publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación.

Teniendo en cuenta que la normativa no concreta un procedimiento de licitación, las alternativas para los compradores públicos son variadas.

Por ejemplo, es admisible el diseño de un procedimiento *ad hoc*, siempre que se respeten los principios citados. Otra opción pasaría por acudir de manera analógica o supletoria a la regulación de los procedimientos de licitación que se contempla en el TRLCSP. Finalmente, como solución final, sería posible aprovechar las previsiones recogidas en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho Comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C179/02).

Sea como fuere, resulta necesario tener en cuenta una cuestión relevante: maximizar la concurrencia es un objetivo común a todo tipo de licitación, y los contratos de I+D no son una excepción. Por ello, se debería optar por procedimientos en los que cualquier operador económico que cumpla con los criterios de aptitud exigidos pueda presentarse<sup>156</sup>, con las modulaciones oportunas en cuanto a fases, etc., en función de la naturaleza de la convocatoria<sup>157</sup>.

---

<sup>156</sup> En relación con la elección de los procedimientos de licitación, en el marco de aquellos contratos sometidos al TRLCSP, la Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la Comisión Nacional de la Competencia señala que “*en principio, el procedimiento más favorecedor de la concurrencia, por ser más respetuoso con el principio de igualdad entre los licitadores, es el procedimiento abierto, al que pueden presentarse todas aquellas empresas que reúnan la capacidad y solvencia exigidas. Para la selección de cualquier otro procedimiento, los órganos de contratación deben sopesar muy cuidadosamente el impacto sobre la competencia derivado de tal decisión, incluso si, con procedimientos alternativos, pudiera facilitarse la gestión y acortarse el período de tramitación*”.

<sup>157</sup> La Comunicación de la Comisión Europea de 14 de diciembre de 2007, en desarrollo de esta cuestión, señala que “*garantizar la igualdad de trato entre todos los posibles licitadores también implica que el proceso de contratación, incluidas las disposiciones sobre los derechos de propiedad intelectual, no perjudica a ningún posible proveedor, especialmente las PYME*”.

Por otra parte, es importante tener en cuenta que la contratación posterior de volúmenes comerciales de productos o servicios fruto de la I+D sí se encuentra plenamente sujeta al TRLCSP. De este modo, cabe afirmar que el principio de concurrencia se tiene que manifestar más allá de la propia licitación del contrato de investigación y desarrollo. O dicho en otros términos, la ejecución de la fase precomercial no debe impedir la competencia en una actuación posterior, en la que se adquieran productos o servicios ya desarrollados.

Para conseguir este objetivo, las Guías en la materia recomiendan una serie de medidas, sobre todo en relación con el uso de los derechos de propiedad intelectual, la definición de especificaciones técnicas en términos de rendimiento o funcionales, etc.

#### ***b.5) Reparto de riesgos y beneficios entre el sector público y el sector privado***

En la contratación pública es habitual que los beneficios que se derivan del desarrollo de cada contratación se reserven al sector público. Esta cuestión es especialmente relevante en relación con los derechos de propiedad intelectual<sup>158</sup>.

Siguiendo este régimen de exclusividad, en muchas ocasiones los operadores económicos no pueden utilizar los resultados de sus trabajos con otros posibles clientes, y ello a pesar de que la exclusividad casi nunca es un elemento imprescindible para el sector público<sup>159</sup>.

---

<sup>158</sup> Sirva de ejemplo la regla general establecida para los contratos de servicios en el artículo 301.2 del TRLCSP: “*los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de éste a la Administración contratante*”.

<sup>159</sup> No obstante, la reserva de derechos exclusivos puede ser razonable en materias relacionadas con la defensa o la seguridad. Incluso en aquellos supuestos en los que la entidad pública que licita el contrato es la única interesada en el desarrollo del producto o servicio.

Esta situación puede llegar a generar notables perjuicios a las actividades innovadoras. De manera particular, teniendo en cuenta que:

- el hecho de que los operadores económicos no puedan comercializar los resultados de sus tareas de I+D se traduce, habitualmente, en una elevación de precios;
  - si varios compradores públicos desarrollan sus propias soluciones a un mismo problema, se puede producir una fragmentación del mercado para el producto o servicio en cuestión;
  - el encarecimiento de los proyectos puede suponer la creación de barreras financieras a la contratación de avances que compitan entre sí;
  - si cada comprador público se vincula de manera exclusiva con un proveedor para el desarrollo de un producto o servicio, se pueden producir situaciones de proveedor único;
  - el desarrollo exclusivo también atribuye al comprador público los riesgos de la I+D, por lo que, a la hora de llevar a cabo sus adquisiciones, puede preferir los avances más próximos al mercado, y despreciar las oportunidades que se pueden derivar del desarrollo de soluciones más innovadoras.
- las partes deban asumir la responsabilidad de los riesgos que estén en mejores condiciones de gestionar;
  - razonablemente, entre los beneficios a repartir estarán los derechos de propiedad intelectual;
  - la retribución abonada al operador económico por la prestación de servicios de I+D habrá de basarse en precios de mercado;
  - los beneficios recibidos por el sector público también responderán a parámetros de mercado, y se podrán articular, por ejemplo, a través de una reducción de la retribución a percibir por el operador económico privado.

Para tratar de mitigar la anterior problemática, en la compra precomercial se plantean esquemas en los que tanto los riesgos como los beneficios de la I+D son compartidos entre el sector público y los operadores económicos privados.

De este modo, el reparto de riesgos deberá realizarse siguiendo condiciones de mercado y, entre otras cuestiones, conllevará que:

Finalmente, hay que mencionar que, en la práctica, resulta posible que el reparto de riesgos y beneficios favorezca de manera injustificada al operador económico privado. Sirvan de ejemplo los casos en los que la retribución al contratista por los servicios prestados sea superior al precio de mercado. Es necesario prestar especial atención a esta cuestión, ya que tales supuestos, en función de su entidad, podrían llegar a ser considerados como ayudas de estado.

### *c) Aspectos formales: fases del procedimiento*

Tanto la Comunicación de la Comisión Europea de 14 de diciembre de 2007, como la “*Guía sobre compra pública innovadora*” del Ministerio de Ciencia e Innovación, recomiendan el desarrollo de la compra precomercial por fases, pues con este esquema:

- se puede comprobar de manera progresiva la eficiencia de las soluciones propuestas por las empresas;
- se mantiene una cierta presión competitiva sobre los proveedores, que permite a los

compradores públicos aprovechar las mejores soluciones que el mercado puede ofrecer;

- se evita la fragmentación del mercado;
- no se crean barreras a la contratación de avances que compitan entre sí;
- se facilita con una perspectiva más amplia y global el desarrollo de soluciones innovadoras para las necesidades públicas.

En concreto, la “*Guía sobre compra pública innovadora*” del Ministerio de Ciencia e Innovación pone como ejemplo<sup>160</sup> un esquema que, desde la admisión de las proposiciones, posee dos Fases principales:

- En la Fase I se llevará a cabo una primera evaluación de las proposiciones. Las propuestas seleccionadas serán adjudicatarias de un contrato para ejecutar un estudio de viabilidad con duración y dotación determinada<sup>161</sup>.
- En la Fase II serán elegidas algunas de las soluciones propuestas en la Fase I, con la finalidad de desarrollar la fase de investigación aplicada y de desarrollo experimental.

Otro modelo de organización semejante se propone en la Comunicación de la Comisión Europea de 14 de diciembre de 2007<sup>162</sup>:

- Fase 1, de exploración de soluciones.
- Fase 2, de prototipos.

<sup>160</sup> Se basa en programas que, a nivel europeo, y desde un punto de vista sectorial, emplean modelos de compra precomercial.

<sup>161</sup> El número de adjudicatarios se fijará en cada convocatoria en función tanto de los requisitos que establezca el comprador público, como de su disponibilidad presupuestaria.

<sup>162</sup> En realidad, la Comunicación recoge el ciclo típico de la innovación de productos. Por ello, contempla también una Fase 0, relativa a la “*investigación motivada por la curiosidad*”, y una Fase 4, de “*desarrollo comercial*”, que no entrarían en el objeto de este análisis.

- Fase 3, de desarrollo original de un volumen limitado de primeros productos o servicios.

Ambos modelos de división en fases son simples propuestas. No existe impedimento alguno para que el número de fases se puede adaptar, atendiendo a la complejidad del proyecto.

En lo que se refiere a las cuestiones procedimentales, se recomienda que en cada fase se efectúe una invitación a varias empresas, con la finalidad de que desarrollen en competencia sus propuestas y, una vez finalizada cada fase, se realice una evaluación para poder seleccionar de manera progresiva las mejores soluciones.

Asimismo, los documentos analizados proponen que el comprador público mantenga al menos a dos operadores económicos hasta la última fase. Ello con el objeto de garantizar la existencia de una competencia efectiva, y no cerrar el mercado a una posterior comercialización<sup>163</sup>.

## 11. INSTRUMENTOS VINCULADOS A LA COMPRA PÚBLICA INNOVADORA

Además de las modalidades y tipologías contractuales analizadas en los anteriores apartados de esta Nota Informativa, existen otros instrumentos vinculados a las compras innovadoras que facilitan las tareas de los poderes públicos a la hora de planificar y ejecutar sus adquisiciones. Entre otros, los siguientes:

### a) *Demanda temprana*

La demanda temprana es una actuación preparatoria de las licitaciones, que sirve para anticipar al mercado las necesidades del comprador público. En su virtud, los operadores económicos privados pueden orientar

<sup>163</sup> La posterior comercialización, tal y como hemos manifestado, constituye una actividad ajena a la compra precomercial, y está sujeta a la normativa en materia de contratación pública.

su actividad de I+D, teniendo en cuenta la futura demanda pública a satisfacer.

La demanda temprana tiene dos características esenciales:

- Implica que los poderes públicos han de planificar sus compras -y por lo tanto sus necesidades- con una razonable antelación.
- Permite que los operadores económicos puedan planificar sus inversiones, al conocer las oportunidades reales de compra que ofrece el sector público.

La regulación de esta cuestión en la normativa en materia de contratos públicos parece a todas luces insuficiente -por ejemplo, en el TRLCSP se limita a las previsiones del artículo 141 en relación con los anuncios previos-. Por ello, algunos centros directivos han elaborado mecanismos *ad hoc*, tales como mapas de demanda. Como ejemplo, cabe citar el Mapa de demanda sanitaria del Servicio Gallego de Salud para telemedicina, dispositivos y sistemas de información inteligentes, etc.

### ***b) Contratación conjunta***

La fragmentación de las compras públicas conlleva que, en ocasiones, no se consiga alcanzar la masa crítica necesaria para que los operadores económicos pongan en marcha inversiones innovadoras.

Por otra parte, parece razonable entender que la agregación de demanda supone, en la amplia mayoría de supuestos, un ahorro de costes y una reducción de los riesgos que asumen los compradores públicos, sobre todo en aquellas contrataciones relativas a tecnologías no generalizadas en el mercado.

Sin embargo, a pesar de sus notables beneficios, los mecanismos de agregación de la demanda no han

sido empleados con la frecuencia suficiente a la hora de articular las compras innovadoras.

Precisamente por ello, la Directiva 2014/24/UE refuerza y mejora los instrumentos para racionalizar las adquisiciones y facilitar la contratación conjunta.

De manera particular, el artículo 38 de la Directiva desarrolla de manera extensa el marco aplicable a la contratación conjunta esporádica. Y en su artículo 39, se amplía y detalla la regulación de la contratación transfronteriza.

Además, la nueva Directiva efectúa una notable mejora y simplificación de la regulación aplicable a los restantes instrumentos destinados a racionalizar la contratación, tales como los acuerdos marco, las centrales de compras, los sistemas dinámicos de adquisición o los catálogos electrónicos. Aunque tendrán una aplicación limitada en esta materia, tales mecanismos sí podrían contribuir en determinados supuestos al fomento de la innovación.

### ***c) Mecanismos de seguimiento del contrato***

En diversos apartados de esta Nota Informativa ya se ha abordado esta relevante temática: en las compras innovadoras resulta aconsejable disponer de mecanismos adecuados para supervisar la ejecución de los contratos, y asegurar su correcto desarrollo.

Existen múltiples instrumentos que pueden servir para tal finalidad y que, además, son compatibles entre sí. Por ejemplo, en algunas licitaciones se han creado Comisiones para monitorizar el seguimiento de las incidencias que puedan surgir en la ejecución del contrato. También es posible contemplar otras soluciones específicas, tanto desde un punto de vista organizativo como procedimental.

Además, aunque resulta aconsejable el diseño de mecanismos específicos de seguimiento, el propio

TRLCSF en su artículo 52 contempla un instrumento de control genérico: la figura del responsable del contrato. El citado precepto señala que “*los órganos de contratación podrán designar un responsable del contrato*” que podrá ser tanto una persona física como jurídica, vinculada al ente, organismo o entidad contratante o, incluso, ajena a él.

#### **d) Vigilancia tecnológica y de mercado**

Las tareas de vigilancia permiten a los poderes públicos conocer la evolución tanto del mercado como de aquellas tecnologías que podrían contribuir a la mejor satisfacción de las necesidades públicas y, también, a optimizar la planificación de la demanda, detectar las tendencias y los avances en productos y servicios, etc.

De manera particular, el Libro Blanco sobre compra pública de tecnología innovadora<sup>164</sup> de la Fundación Cotec contempla algunas definiciones relevantes en la materia:

- **Vigilancia:** consiste en el “*esfuerzo sistemático y organizado de observación, captura, análisis, difusión precisa y recuperación de información sobre los hechos relevantes del entorno económico, tecnológico, social o comercial*”.
- **Vigilancia tecnológica:** consiste en el “*seguimiento de los avances de la tecnología y de las oportunidades que genera*”.
- **Vigilancia de mercado:** consiste en el “*seguimiento y análisis de competidores o entidades pares, proveedores y clientes*”.

Además, el citado Libro Blanco enumera algunas de las herramientas existentes para llevar a cabo la vigilancia tecnológica y de mercado. Entre otras, el

análisis de patentes, la prospectiva tecnológica, el análisis de mercado, o el benchmarking.

#### **e) Diálogo técnico**

La definición de diálogo técnico se vincula a aquellas consultas que los poderes públicos plantean a los operadores económicos con la finalidad de preparar futuras licitaciones y obtener información sobre la estructura y desarrollo tanto del mercado como de la tecnología.

Hasta la fecha, estas consultas previas o diálogo técnico no se encuentran reguladas de manera detallada en la normativa española en materia de contratos públicos. La normativa comunitaria sí hace referencia a este tipo de instrumentos, aunque no desarrolla su regulación.

En particular, el Considerando (8) de la Directiva 2004/18/CE ya señalaba que “*antes del lanzamiento de un procedimiento de adjudicación de un contrato, los poderes adjudicadores pueden mediante un «diálogo técnico» solicitar o aceptar asesoramiento que podrá utilizarse para determinar el pliego de condiciones, siempre que dicho asesoramiento no tenga como efecto impedir la competencia*”.

Ante la ausencia de un régimen específico aplicable al diálogo técnico, estas prácticas se han canalizado a través de procedimientos informales. En ocasiones, han generado cierta problemática, debido a que:

- la participación de los operadores económicos no siempre se enfoca a satisfacer las necesidades reales del sector público;
- los poderes adjudicadores se dirigen a concretos operadores económicos, que habitualmente son sus contratistas “habituales”, limitando el alcance del diálogo;

<sup>164</sup> “La compra pública de tecnología innovadora en biotecnología”. Libro Blanco. Fundación Cotec. Madrid. 2011. Página 73 y siguientes.

- no existen garantías de que, una vez que se inicie el procedimiento de licitación, no se produzcan situaciones ventajosas para quienes hayan colaborado con el poder adjudicador.

Para tratar de mitigar estas situaciones y preservar los principios derivados los Tratados comunitarios, la Directiva 2014/24/UE ha regulado con un mayor detalle el diálogo técnico en su artículo 40, relativo a las “*Consultas preliminares del mercado*”, en los siguientes términos:

*“Antes de iniciar un procedimiento de contratación, los poderes adjudicadores podrán realizar consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación.*

*Para ello, los poderes adjudicadores podrán, por ejemplo, solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado, que podrá utilizarse en la planificación y el desarrollo del procedimiento de contratación, siempre que dicho asesoramiento no tenga por efecto falsear la competencia y no dé lugar a vulneraciones de los principios de no discriminación y transparencia”.*

Esta regulación ha de completarse con lo señalado en el artículo 41 de la propia Directiva 2014/24/UE, que recoge el criterio de la Jurisprudencia del TJUE en relación con la utilización en los procedimientos de licitación de los asesoramientos que se deriven del diálogo técnico. Y establece la obligación para los poderes adjudicadores de velar para que no se falsee la competencia en las licitaciones en el caso de que participen operadores económicos que hayan sido colaboradores en la fase de diálogo técnico<sup>165</sup>.

De manera razonable, sobre la base de la nueva regulación de la Directiva 2014/24/UE, los Estados

<sup>165</sup> En teoría, con este precepto se pretende garantizar la igualdad de trato en la elaboración de la documentación contractual.

miembros deberían desarrollar con más detalle esta cuestión, con una doble finalidad: evitar situaciones contrarias a la libre competencia y maximizar el flujo de información con el mercado.

#### *f) Gestión de ofertas no solicitadas*

La decisión de convocar una licitación es, por razones obvias, una potestad que corresponde en exclusiva a los órganos de contratación. No obstante, ello no impide que, en la práctica, los operadores económicos soliciten entrevistas y reuniones con las entidades del sector público para presentar de manera formal sus productos o servicios, etc. Las técnicas para llevar a cabo el tratamiento de estas solicitudes se englobarían dentro de la denominada Gestión de ofertas no solicitadas.

En particular, la “*Guía sobre compra pública innovadora*” del Ministerio de Ciencia e Innovación define la “*Propuesta no solicitada*” como “*la acción por la que el proponente se dirige al organismo público para mostrarle la solución a una necesidad futura de un determinado producto o servicio que el proponente está en disposición de ofrecer*”.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Gestión de ofertas no solicitadas es una actuación previa al inicio de los procedimientos de licitación, a iniciativa de los operadores económicos, cuya finalidad teórica es “*identificar y planificar posibles o futuras necesidades de la Administración*”, y que puede responder a diferentes esquemas y planteamientos.

Tanto las Directivas comunitarias como el TRLCSP guardan un completo silencio en esta materia, a pesar de que desde algunos sectores se ha solicitado a las autoridades una regulación de mínimos para facilitar así la iniciativa privada<sup>166</sup>. La ausencia de regulación

<sup>166</sup> De hecho, lo más parecido a esta figura -aunque salvando enormes distancias-, sería la regulación del artículo 128.5 del TRLCSP en relación con la iniciativa privada en la presentación de estudios de viabilidad de contratos de concesión de obra pública.

en ocasiones conlleva diversos problemas y, de manera particular, los siguientes:

- las propuestas de los operadores económicos pueden ser heterogéneas, y tener un diferente grado de detalle;
- en ocasiones, los operadores económicos pueden generar una necesidad inexistente;
- el tratamiento informal de las ofertas no solicitadas puede suponer un notable riesgo de vulneración del principio de concurrencia.

Visto lo anterior, los poderes adjudicadores deben evitar, en la medida de lo posible, la utilización sistemática de técnicas y diálogos informales con los operadores económicos. En su lugar, resulta aconsejable que se articulen procedimientos transparentes para la gestión de las ofertas no solicitadas<sup>167</sup>.

Precisamente, la “*Guía sobre compra pública innovadora*” contempla una sugerencia procedimental, con la finalidad de dar respuesta a las situaciones en las que un operador económico plantee alguna propuesta que pueda resultar de interés para la Administración. Se articularía en siete fases:

- Indicar al proponente que debe redactar su propuesta de forma breve, pues, en caso de que el órgano de contratación decida dar curso a la propuesta, será necesario publicar una especificación funcional<sup>168</sup>.
- Publicar una convocatoria con la finalidad de recibir propuestas de soluciones innovadoras, invitando al proponente inicial a participar en

<sup>167</sup> Atendiendo a los requerimientos específicos de cada una de las licitaciones.

<sup>168</sup> Según la Guía, este mecanismo “*protegerá los derechos de propiedad intelectual del proponente hasta que llegue el momento de presentar la propuesta completa*”.

ella. Según la Guía, así “*el organismo público se asegura poder evaluar si el proponente tiene la solución más apropiada para sus necesidades, y además se cumple con los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad, etc.*”.

- Seleccionar las propuestas más adecuadas.
- Invitar a todos los seleccionados<sup>169</sup> a hacer una presentación de su producto o servicio.
- Reevaluar las propuestas seleccionadas.
- Preparar las especificaciones funcionales de manera detallada, y distribuirlas a todos los ofertantes seleccionados.
- Continuar, si así se decide, con la convocatoria de una licitación, en los términos previstos en la normativa en materia de contratos públicos.

Sería deseable y razonable que el legislador español, en el marco de la futura reforma de la normativa en materia de contratos públicos, regule una suerte de principios procedimentales básicos para aplicar de manera homogénea y transparente esta técnica en la Administración. Sin duda, sería un instrumento de gran utilidad para fomentar la compra pública innovadora y, también, para mejorar las prácticas contractuales desde una óptica más general<sup>170</sup>.

## 12. GUÍA 10 BUENAS PRÁCTICAS (UE)

Tal y como se ha expuesto en epígrafes precedentes, la Comisión Europea elaboró en el mes de febrero del año 2007 un Documento de trabajo, denominado

<sup>169</sup> Individualmente.

<sup>170</sup> Por otra parte, hay que señalar una vez más que las Comunidades Autónomas pueden regular esta cuestión, en el marco de la normativa básica estatal. De igual modo, los Centros Directivos también podrían estandarizar y publicar sus procedimientos en la materia.



“*Guide on dealing with innovative solutions in public procurement 10 elements of good practice*” [SEC(2007) 280].

En el texto se recogen una serie de buenas prácticas, con la finalidad de que los poderes y entidades adjudicadoras puedan optimizar su eficacia a la hora de abordar la compra pública innovadora. Estas sugerencias tienen, como telón de fondo, un mejor y más fiel cumplimiento de los objetivos previstos en los Tratados comunitarios.

Como veremos, algunas de las recomendaciones han sido aplicadas casuísticamente a lo largo de estos años en diversas licitaciones. Otras, además, han sido adoptadas como pauta general de actuación por algunos órganos de contratación y Administraciones -que incluso han desarrollado sus propias Guías y metodologías en la materia-. Asimismo, en ulteriores epígrafes se podrá contrastar el alcance de su incorporación en el nuevo paquete de Directivas en materia de contratación pública.

Hay que resaltar que la propia Guía no solo modula su alcance aplicativo -ni es obligatoria, ni puede interpretarse como una suerte de foto fija para todas y cada una de las licitaciones-, sino que, también, es plenamente consciente de que su efectividad está condicionada a adaptaciones futuras, fruto tanto del intercambio de información como de un mayor compromiso político.

Las diez recomendaciones se pueden resumir del siguiente modo:

#### ***a) Actuar como un cliente inteligente***

Las compras que impliquen elementos de innovación deben ser realizadas por clientes inteligentes<sup>171</sup>, lo que exige a los poderes públicos una adecuada identificación y planificación de sus necesidades. Esto es, responder a la preguntas de qué comprar y

<sup>171</sup> Por razones obvias, esto es válido para toda compra pública.

cómo comprarlo (“*what they will need to buy, and how to buy it*”).

Para alcanzar este objetivo, los órganos de contratación han de poner un especial énfasis en la comunicación al mercado de sus planes de compra a largo plazo. Ello facilita que los operadores económicos privados puedan encontrar y desarrollar soluciones que respondan a la necesidad definida. Asimismo, el cliente inteligente debe prestar especial atención a la vigilancia de mercado y a los diálogos técnicos.

Lo anterior conlleva también que la estructura organizativa de la Administración disponga, entre otros, de: (i) procedimientos adecuados y flexibles; (ii) personal bien formado con habilidades en gestión de compras públicas, así como en relación con la gestión y ejecución de contratos complejos; y (iii) una estrecha comunicación y sincronización entre el personal del órgano de contratación y los cargos directivos que adoptan las decisiones presupuestarias y políticas<sup>172</sup>.

#### ***b) Consultar al mercado antes de iniciar la licitación***

Estas consultas previas con potenciales proveedores tienen un doble objetivo:

- Identificar las soluciones innovadoras existentes en el mercado.

<sup>172</sup> La “*Guía sobre compra pública innovadora*” del Ministerio de Ciencia e Innovación considera que la identificación y planificación de las necesidades de compra debe alcanzarse, de manera preferente, a través del mecanismo previsto en el actual artículo 141 TRLCSP, en cuya virtud “*los órganos de contratación podrán publicar un anuncio de información previa con el fin de dar a conocer, en relación con los contratos de obras, suministros y servicios que tengan proyectado adjudicar en los doce meses siguientes...*”. Parece evidente que el legislador puede superar este tipo de mecanismos, e implementar procesos de identificación y planificación más flexibles.

- Informar a los operadores económicos acerca de las necesidades administrativas, y debatir la forma de satisfacerlas.

El Documento de trabajo remarca que un aspecto esencial de esta buena práctica reside en que las consultas que se lleven a cabo con los proveedores no distorsionen la competencia.

Como hemos visto, este esquema ha sido asumido de manera expresa por el artículo 40 de la nueva Directiva 2014/24/UE, que regula las “Consultas preliminares del mercado”.

#### ***c) Involucrar a todas las partes interesadas en el curso del procedimiento***

La Guía considera que resulta esencial asegurar la participación en el diseño y ejecución de las distintas fases del procedimiento de compra, así como en la posterior gestión de los contratos, de todos los agentes internos de la Administración que vayan a resultar implicados en la adquisición. En particular, de los futuros usuarios de los bienes y/o servicios, de los expertos técnicos y de los asesores legales.

#### ***d) Dejar que el mercado proponga soluciones creativas e innovadoras***

La Guía entiende beneficioso que los operadores económicos puedan proponer nuevas ideas bajo las concretas condiciones de cada licitación.

Para plasmar esta posibilidad, los poderes públicos deben estar abiertos a admitir soluciones alternativas y, entre otras cuestiones: (i) solicitar soluciones, no prescribirlas; (ii) especificar las necesidades a satisfacer en términos de rendimiento o de exigencias funcionales; (iii) aceptar mejoras y variantes en las ofertas; (iv) no desarrollar de manera excesiva los condicionantes técnicos; (v) organizar con mayor frecuencia concursos de ideas y proyectos.

#### ***e) Buscar la mejor relación calidad-precio, no el precio más bajo***

Se recomienda, para obtener la mejor relación de calidad-precio, la aplicación como criterio de adjudicación de la oferta económicamente más ventajosa frente al del precio más bajo.

Asimismo, se sugiere que el citado criterio debe conjugar los costes totales de la vida del bien o servicio objeto del contrato y, de igual modo, otros aspectos relevantes, tales como la calidad y méritos técnicos de la oferta. También estima procedente que, en la valoración de las proposiciones relativas a estos contratos, participe un comité de expertos técnicos y jurídicos.

Buena parte de las sugerencias anteriores han sido recogidas por el nuevo paquete de Directivas en materia de contratación.

En particular, se introduce de manera expresa el concepto de ciclo de vida, aplicable a la adjudicación de contratos, el cual queda establecido en los siguientes términos: “*todas las fases consecutivas o interrelacionadas, incluidos la investigación y el desarrollo que hayan de llevarse a cabo, la producción, la comercialización y sus condiciones, el transporte, la utilización y el mantenimiento, a lo largo de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento y el fin de un servicio o de una utilización*”.

#### ***f) Aprovechar las ventajas de los medios electrónicos***

Los medios electrónicos resultan de gran ayuda en la articulación de los procedimientos de contratación, tanto a los operadores económicos como a los poderes adjudicadores. En tal sentido, su utilización

permite una mejora en la eficiencia de tales procedimientos, e incluso un ahorro de costes.

La Guía, sin perjuicio de la evidente defensa de la utilización de medios electrónicos, lleva a cabo una matización o modulación relevante. No se trata de usar este tipo de instrumentos de manera genérica, sino de ir un paso más allá, y que los medios empleados se adapten a las concretas necesidades que pretenda satisfacer el comprador público.

Al igual que sucede con algunas de las sugerencias analizadas, las nuevas Directivas asumen también de manera expresa esta Recomendación. Y en tal sentido, el legislador convierte los mecanismos electrónicos en el método estándar de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de licitación.

#### ***g) Decidir la gestión y el reparto de riesgos***

Resulta evidente que cualquier compra de soluciones innovadoras lleva aparejada un cierto nivel de riesgos, por lo que es muy relevante una clara política al respecto de cómo gestionarlos.

De este modo, la Guía considera esencial a la hora de llevar a cabo un procedimiento de licitación la valoración del potencial impacto de estos riesgos en el proyecto, así como establecer un reparto adecuado entre la Administración y el contratista.

#### ***h) Cláusulas contractuales que promuevan la innovación***

La Guía sugiere como buena práctica la inclusión en la documentación contractual de incentivos relativos a soluciones innovadoras adicionales; en esencia, derivados de aquellos ahorros y mejoras que planteen los licitadores en la ejecución del contrato. De manera particular, en relación con las obligaciones,

garantías y responsabilidades asumidas por el contratista.

Por otra parte, antes de llevar a cabo el desarrollo de los productos, habrá que resolver el debate acerca de la propiedad intelectual e industrial, y establecer mecanismos claros de reparto de derechos. A tal efecto, es necesario tener en cuenta que los acuerdos alcanzados en esta materia podrían repercutir de manera notable en el precio que pague el comprador público.

#### ***i) Desarrollar y aplicar un plan de implementación, seguimiento y evaluación del contrato***

La fase de ejecución del contrato tiene una intensidad especial en la compra pública innovadora ya que, ordinariamente, debido a la complejidad de las prestaciones, la implementación de los derechos y obligaciones asumidos por el contratista conlleva problemas de índole práctica.

Por ello, es bastante aconsejable que el órgano de contratación disponga de una estructura organizativa orientada a llevar a cabo la dirección y supervisión de la ejecución del contrato, y que garantice una adecuada interlocución con el contratista -tanto como canal ordinario de comunicación, como en orden a la resolución de controversias, etc.-.

Además, para apoyar futuras innovaciones, el seguimiento y evaluación ha de ir más allá de los propios objetivos contractuales. En tal sentido, sus funciones deberían comprender también el análisis de los impactos del contrato en el mercado, la incidencia práctica en el desarrollo tecnológico, así como sus implicaciones para las políticas públicas.

Todas estas tareas exigirán, de manera razonable, el establecimiento de indicadores de cumplimiento que sean detallados y significativos, tales como

indicadores de tiempo de respuesta, de entrega del producto, etc.

#### *j) Aprender de la experiencia de cara al futuro*

Por último, la Guía considera que, para garantizar el buen desarrollo presente y futuro de la innovación, deben extraerse lecciones de la experiencia. Para ello, resultan especialmente relevantes la participación, el intercambio de información, así como la adecuada documentación de los procedimientos en marcha, etc.

### **13. OTROS MECANISMOS CONJUNTOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA**

#### *a) Cuestiones generales*

La colaboración público-privada, en sus diversas tipologías y modalidades, goza sin duda a nivel comunitario de un elevado reconocimiento como instrumento para modernizar las infraestructuras así como los servicios públicos estratégicos.

En particular, la Comunicación de la Comisión de 19 de noviembre de 2009: *“Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada”*<sup>173</sup>, remarca el *“potencial inmenso”* que tiene la colaboración entre el sector público y el sector privado en materia de investigación, a pesar de que, en teoría, pueda resultar menos atractiva para los operadores económicos que otros sectores de actividad<sup>174</sup>.

<sup>173</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones de 19 de noviembre de 2009: *“Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada”*. COM(2009) 615 final.

<sup>174</sup> Porque los resultados son menos previsible y tangibles, por ejemplo, que en los contratos cuyo objeto consiste en la implementación de infraestructuras y servicios.

De hecho, la citada Comunicación refleja que *“existen ya muchas pruebas”* de que la colaboración público-privada:

- Puede impulsar los esfuerzos en materia de viabilidad, innovación e investigación y desarrollo.
- Fomenta un tipo de innovación que aporta ventajas competitivas.
- Facilita que el sector privado ofrezca resultados que pueden vincularse a criterios técnicos, ambientales y sociales.

Las instituciones comunitarias, además, entienden que es necesario potenciar este tipo de colaboración, porque el sector privado puede no manifestar interés en invertir en determinadas áreas en las que la rentabilidad económica y social puede ser enorme<sup>175</sup>. También porque en otros ámbitos el apoyo público aislado no es eficaz.

Por todo lo anterior, en el ámbito de la UE son múltiples los ejemplos de estructuras institucionales y contractuales de colaboración entre el sector público y el sector privado en materia de innovación.

#### *b) Las Asociaciones Público-Privadas de Investigación e Innovación*

Las Asociaciones Público-Privadas de Investigación e Innovación se crean para promover la investigación europea en aquellos ámbitos en los que los objetivos perseguidos son de una escala y naturaleza tales que los instrumentos tradicionales de fomento de la innovación -como la financiación o las compras públicas- resultan insuficientes.

<sup>175</sup> Puesto que en la investigación y en la innovación no existe garantía de éxito, al ser actividades de alto riesgo.

La Comunicación de la Comisión de 10 de julio de 2013: “*Las asociaciones público-privadas en Horizonte 2020: una potente herramienta para la innovación y el crecimiento en Europa*”<sup>176</sup> resume las bondades de esta modalidad de colaboración. Entre otras, cabe destacar las siguientes:

- permiten un planteamiento estratégico a largo plazo de la investigación y la innovación;
- reducen los niveles de incertidumbre, al hacer posible compromisos a largo plazo;
- proporcionan una estructura jurídica para poner en común recursos financieros, humanos y de infraestructuras, consiguiendo economías de escala y minorar los costes de todas las partes implicadas;
- facilitan que los conocimientos y la experiencia se compartan de una manera más eficiente;
- permiten la creación de un mercado interior de productos y servicios innovadores;
- facilitan tanto la colaboración como el flujo de información entre ambos sectores;
- permiten que el esfuerzo de investigación e innovación tenga la escala necesaria para abordar los retos sociales críticos y los principales objetivos políticos de la UE en el marco de la Estrategia Europa 2020.

En relación con esta última cuestión, conviene resaltar que la actividad de las Asociaciones Público-Privadas no puede desligarse de las prioridades de Horizonte 2020: i) Ciencia Excelente; ii) Liderazgo

---

<sup>176</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 10 de julio de 2013: “*Las asociaciones público-privadas en Horizonte 2020: una potente herramienta para la innovación y el crecimiento en Europa*” [COM(2013) 494 final].

Industrial; y iii) Retos Sociales. En consecuencia, las Asociaciones son uno de los múltiples instrumentos para lograr los objetivos propuestos en Horizonte 2020, integrándose en un marco más amplio.

Si se tiene en cuenta la fórmula elegida para articular la Asociación, se distinguen dos modalidades:

➤ *Iniciativas Tecnológicas Conjuntas (ITC)*

Las Iniciativas Tecnológicas Conjuntas (ITC) son Asociaciones Público-Privadas sobre investigación e innovación en el seno de una entidad común, que se introducen por primera vez en el Séptimo Programa Marco de investigación (2007-2013) de la UE.

Son, en la práctica, asociaciones estructuradas entre el sector público y el sector privado para desarrollar, financiar y ejecutar programas de investigación e innovación. Están sujetas a diversas modalidades de participación, tanto en lo que concierne a la selección de las propuestas objeto de ejecución, como a los propios socios industriales de la Asociación<sup>177</sup>.

Las ITC en Horizonte 2020 se desarrollarán en los siguientes ámbitos<sup>178</sup>:

- Medicamentos innovadores.
- Pilas de combustible e hidrógeno.
- Cielos limpios<sup>179</sup>.
- Bioindustrias<sup>180</sup>.

---

<sup>177</sup> Entre otras, a las reglas generales que se contemplan en el Reglamento (UE) n° 1290/2013, por el que se establecen normas de participación y difusión aplicables a Horizonte 2020. Además, a sus propias reglas específicas.

<sup>178</sup> Cuatro de estas ITC representan la fase siguiente de otras establecidas en el marco del Séptimo Programa Marco.

<sup>179</sup> Para reducir radicalmente el impacto medioambiental de la próxima generación de aeronaves.

<sup>180</sup> Para desarrollar biocadenas del valor nuevas y competitivas que eliminen la necesidad de combustibles fósiles y tengan una considerable repercusión sobre el desarrollo rural.

- Componentes y sistemas electrónicos.

Estas colaboraciones permiten aprovechar las cualificaciones y la innovación del sector privado dentro de unos acuerdos adecuados de distribución de riesgos. Su objetivo último es desarrollar soluciones comercialmente viables en estos ámbitos, que revisten especial interés para la UE.

➤ *Asociaciones Público-Privadas de carácter contractual.*

Como complemento de las ITC, la Comunicación de la Comisión de 10 de julio de 2013 contempla otra figura asociativa, cuyo origen también se remonta al Séptimo Programa Marco de investigación (2007-2013) de la UE: las Asociaciones Público-Privadas contractuales.

Este tipo de Asociaciones Público-Privadas recibe su denominación porque su desarrollo se basa en un acuerdo contractual entre la Comisión Europea y los socios privados, en el que se definirán los objetivos e indicadores de rendimiento, los compromisos de las partes, etc.

En el marco de Horizonte 2020, se contemplan asociaciones público-privadas contractuales, entre otros, en los siguientes ámbitos: i) fábricas del futuro; ii) edificios energéticamente eficientes; iii) vehículos ecológicos; iv) la internet del futuro; v) industria de transformación sostenible; vi) robótica; vii) fotónica; viii) informática de alto rendimiento.

***c) Otras formas asociativas entre el sector público y el sector privado***

En el seno de la UE, y al margen de las Asociaciones Público-Privadas sobre Investigación e Innovación, existen otras fórmulas asociativas entre el sector público y el sector privado. Como ejemplo:

➤ *Comunidades de Innovación del Conocimiento (KIC`s)*

Se establecen en el seno del Instituto Europeo de Innovación y Tecnología, y son una suerte de consorcios público-privados, integrados por centros de investigación, empresas y centros de educación superior europeos, que trabajan conjuntamente para desarrollar proyectos innovadores.

➤ *Cooperaciones de Innovación Europea o Asociaciones Europeas para la Investigación (EIP`s)*

Estas fórmulas de cooperación se ejecutan a través de Planes Estratégicos específicos, en materias tales como el envejecimiento saludable, el agua, etc.

➤ *Iniciativas de Programación Conjunta*

Su objetivo es lograr la coordinación de los Estados miembros para financiar la investigación, tanto desde el punto de vista temático como económico, con el fin último de abordar los retos sociales que no pueden ser resueltos por un solo Estado de manera individual<sup>181</sup>.

Aunque en esencia son desarrolladas por los Estados miembros -que definen, elaboran y ejecutan agendas comunes de investigación estratégica-, los agentes privados participan en el proceso de consultas y en la ejecución de las distintas iniciativas de programación conjunta.

➤ *Plataformas Tecnológicas Europeas (ETP`s)*

Estas Plataformas Tecnológicas son creadas para canalizar el trabajo conjunto de los organismos reguladores, los centros de investigación, las industrias, etc., en el ámbito de la investigación y el desarrollo tecnológico.

---

<sup>181</sup> Por ejemplo, combatir el Alzheimer y otras enfermedades neurodegenerativas, etc.

#### 14. TRATAMIENTO DE LA INNOVACIÓN EN LA “DIRECTIVA CLÁSICA”

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**”) es plenamente consciente del indudable potencial de las compras públicas como instrumento para alcanzar los objetivos y prioridades de la UE.

Por ello, en su Considerando (47), la Directiva 2014/24/UE establece que los poderes públicos deben hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación. Ello por cuanto que la adquisición de bienes, obras y servicios innovadores desempeña un papel clave en la mejora de la eficiencia y de la calidad de los servicios públicos, al mismo tiempo que da una respuesta a desafíos fundamentales para la sociedad.

La Directiva 2014/24/UE, al igual que sucede con sus “compañeras” en el paquete de medidas en materia de contratación, contempla, en el apartado 22) de su artículo 2, la definición de “innovación” como la *“introducción de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”*.

Sobre esta base, son múltiples los guiños en el articulado de la Directiva al estímulo de la innovación por parte de los poderes adjudicadores,

estableciendo mecanismos para tal fin<sup>182</sup>. Entre otros, cabe destacar los siguientes:

- la reglamentación de un procedimiento de contratación específico para aquellos supuestos en los que las soluciones ya disponibles en el mercado no puedan satisfacer una necesidad en relación con el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la adquisición ulterior de los suministros y servicios u obras resultantes: la asociación para la innovación<sup>183</sup>;
- la posibilidad de que los poderes adjudicadores apliquen el procedimiento negociado (así como el diálogo competitivo) para la adquisición de obras, suministros o servicios que incluyan soluciones innovadoras;
- se regula de manera detallada la contratación conjunta esporádica, en particular, por su especial adecuación para el desarrollo de proyectos innovadores;
- de igual modo, se establece el régimen aplicable a la contratación con intervención de poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros, considerando que es un instrumento que permite aprovechar al máximo el potencial del

<sup>182</sup>Si bien la Directiva considera que “*ante las grandes diferencias existentes entre los distintos sectores y mercados*”, no sería apropiado imponer a la contratación unos requisitos de innovación de carácter general y obligatorio.

<sup>183</sup> El artículo 31 de la Directiva 2014/24/UE regula el procedimiento de asociación para la innovación, con el objetivo de que los poderes adjudicadores tengan un mecanismo para satisfacer sus necesidades en relación con el desarrollo y posterior adquisición de productos, servicios u obras innovadores, cuya demanda no puede ser satisfecha por el mercado. Atendiendo a su finalidad, la asociación tiene vocación de permanencia en el tiempo. Comprenderá tanto la fase de investigación y desarrollo, como la compra de los bienes correspondientes, siempre que respondan a los niveles de rendimiento y de costes máximos previamente acordados -sin necesidad de recurrir a un procedimiento de contratación independiente para la adquisición-. La asociación para la innovación se basa en la normativa aplicable al procedimiento negociado, y los correspondientes contratos deben adjudicarse únicamente basándose en la mejor relación calidad-precio.

mercado interior en términos de economías de escala y reparto de riesgos y beneficios, especialmente en relación con proyectos innovadores (que conllevan un riesgo mayor del que razonablemente puede asumir un único poder adjudicador);

- la innovación se incluye dentro de los criterios a tener en cuenta para determinar la oferta económicamente más ventajosa<sup>184</sup>;
- los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato relacionadas con la innovación;
- se alienta a los poderes adjudicadores a que permitan variantes con la mayor frecuencia posible, entendiendo que esta técnica puede contribuir a fomentar la innovación;
- en la definición de las especificaciones técnicas y, en particular, al utilizar etiquetas con tal finalidad, se deben evitar referencias que tengan por efecto restringir la innovación.

Finalmente, ha de señalarse que el artículo 14 de la Directiva 2014/24/UE contiene previsiones en relación con los servicios de investigación y desarrollo. En concreto, excluye de su ámbito de aplicación a aquellos contratos de servicios de I+D que se englobarían dentro de la denominada contratación precomercial -una exclusión similar ya se contemplaba en el artículo 16.f) de la Directiva 2004/18/CE y también en el vigente artículo 4.1.r) del TRLCSP-.

Así, la Directiva se aplicará únicamente a los contratos de servicios de investigación y desarrollo incluidos en los códigos CPV 73000000-2 a

<sup>184</sup>Igualmente, la definición de ciclo de vida que establece el apartado 20 del artículo 2 de la Directiva incluye la investigación y desarrollo que hayan de llevarse a cabo en relación con un producto, una obra o la prestación de un servicio.

73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 y 73430000-5, siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes: i) que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, y ii) que el servicio prestado sea remunerado de manera íntegra por el poder adjudicador.

## 15. TRATAMIENTO DE LA INNOVACIÓN EN LA DIRECTIVA DE “SECTORES EXCLUIDOS”

La Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (“**Directiva 2014/25/UE**”), también reconoce que la investigación y la innovación (incluidas la innovación ecológica y la innovación social) se encuentran entre los principales motores del crecimiento futuro y ocupan un lugar central de la Estrategia Europa 2020.

Por ello, en su Considerando (57) -en idénticos términos a los recogidos en el Considerando (47) de la Directiva 2014/24/UE-, establece que los poderes públicos deben hacer la mejor utilización posible de la contratación para fomentar la innovación. De igual modo, la Directiva 2014/25/UE contempla, en el apartado 18 de su artículo 2, la definición de “innovación”.

Sobre esta base, son múltiples los guiños en el articulado de la Directiva 2014/25/UE al estímulo de la innovación por parte de las entidades adjudicadoras, estableciendo mecanismos para tal fin. Entre otros: (i) la asociación para la innovación; (ii) la contratación conjunta esporádica; (iii) la contratación con intervención de entidades adjudicadoras de varios Estados miembros; (iv) la innovación se incluye dentro de los criterios a tener en cuenta para



determinar la oferta más ventajosa<sup>185</sup>; (v) la posibilidad de introducir condiciones especiales de ejecución del contrato relacionadas con la innovación; etc.

Finalmente, hay que señalar que el artículo 32 de la Directiva 2014/25/UE -en similares términos al artículo 14 de la nueva “Directiva clásica”- contiene previsiones en relación con los servicios de investigación y desarrollo. Concretamente, excluye de su ámbito de aplicación a aquellos contratos de servicios de I+D que se englobarían en la contratación precomercial -una exclusión semejante ya se contemplaba en el artículo 24.e) de la Directiva 2004/17/CE-.

## 16. TRATAMIENTO DE LA INNOVACIÓN EN LA DIRECTIVA DE CONCESIONES

La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (“**Directiva 2014/23/UE**”) también da cabida a la innovación en el marco de los contratos de concesión.

La primera mención a esta cuestión se realiza en su Considerando (53), en virtud del cual *“los Estados miembros deben velar por que los poderes y entidades adjudicadores puedan tener en cuenta la necesidad de garantizar la innovación”*, poniendo esta cuestión en igualdad de plano con la prestación de servicios con un alto nivel de calidad y accesibilidad económica.

Sin embargo, y a pesar de este “prometedor” inicio, lo cierto es que la Directiva 2014/23/UE no introduce tan decididamente la innovación como las nuevas Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE. Ello, probablemente, por su carácter de regulación de mínimos, mucho más flexible que las anteriores.

<sup>185</sup> Igualmente, la definición de ciclo de vida que establece el apartado 16 del artículo 2 de la Directiva incluye la investigación y desarrollo que hayan de llevarse a cabo en relación con un producto, una obra o la prestación de un servicio.

La Directiva 2014/23/UE, al igual que sus “compañeras” en el nuevo paquete de medidas en materia de contratación, contempla, en el apartado 13) de su artículo 5, la definición de “innovación”.

Del mismo modo, en su artículo 25, la Directiva 2014/23/UE contiene previsiones en relación con los servicios de investigación y desarrollo. En particular, excluye de su ámbito de aplicación concesiones de servicios de I+D que podrían englobarse dentro de la contratación precomercial<sup>186</sup>.

Al margen de lo anterior, el alcance de la innovación en la Directiva 2014/23/UE se centra en los criterios de adjudicación.

En primer lugar, la adjudicación de las concesiones, que deberá realizarse sobre la base de criterios objetivos, podrá emplear aspectos relacionados con la innovación para determinar la ventaja económica global para el poder adjudicador o la entidad adjudicadora.

Al margen de que se puedan emplear criterios de valoración basados en la innovación, la especial incidencia de esta materia en la adjudicación de concesiones viene reflejada de modo particular en el artículo 43.3 de la Directiva 2014/23/UE.

Así, si bien la regla general en la Directiva es que el poder o entidad adjudicadora enumerará en orden de importancia decreciente los criterios establecidos, se establece una singularidad: si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora reciben una oferta que proponga una solución innovadora con un nivel inusual de rendimiento funcional, tal que un poder o entidad adjudicadores diligentes no habrían podido preverlo, el concedente podrá, excepcionalmente, modificar el orden de los criterios de adjudicación

<sup>186</sup> Es complejo pensar en ejemplos prácticos vinculados a las tradicionales concesiones de servicios, aunque hay que tener en cuenta el cambio de paradigma existente en relación con la aplicación de esta figura en los últimos años.

para atender a las nuevas posibilidades que ofrece esta solución innovadora. Lo anterior siempre que se garantice la igualdad de trato a todos los licitadores efectivos o potenciales, mediante la convocatoria de una nueva licitación o, si procede, mediante la publicación de un nuevo anuncio de concesión.

A tal efecto, el concedente deberá informar a todos los licitadores acerca de la modificación del orden de importancia de los criterios de adjudicación, y emitirá una nueva invitación a presentar ofertas, respetando en todo caso los plazos mínimos previstos en el artículo 39.4 de la Directiva.

Si los criterios de adjudicación se han publicado en el anuncio de la licitación, el poder o entidad adjudicadora deberá publicar un nuevo anuncio, con sujeción a los plazos mínimos previstos en el artículo 39.3 de la Directiva.

Finalmente, el concedente también podrá establecer criterios innovadores a la hora de fijar las condiciones de ejecución de la concesión.

---

Las opiniones jurídicas recogidas en esta Nota Informativa se someten a cualquier otro criterio mejor fundado en Derecho, declinando cualquier responsabilidad como consecuencia de decisiones, acciones u omisiones basadas en su contenido. Se permite la libre distribución del documento, y su enlace a través de Internet. También se autoriza la reproducción total o parcial de su contenido para fines no comerciales, siempre que los extractos sean reproducidos de manera fiel y sin modificaciones, y que se mencionen los autores y la fecha.

---

**Germán Bouso Darriba**

**María Lomas Meneses**



**CONTACTO: [info@papilioabogados.com](mailto:info@papilioabogados.com)**