



Guía 2.0 para la compra pública de innovación.

Fecha de esta versión

Junio de 2015

Autores

El presente documento «Guía 2.0 para la compra pública de innovación» ha sido elaborado por encargo de la Subdirección General de Fomento de la Innovación Empresarial del Ministerio de Economía y Competitividad por miembros del Observatorio de Contratación Pública. La elaboración del documento ha sido coordinada por Miguel Ángel Bernal Blay y José María Gimeno Feliú (Universidad de Zaragoza), habiendo participado asimismo Patricia Valcárcel Fernández (Universidad de Vigo), Rafael Fernández Acevedo (Universidad de Vigo) Beatriz Allegue Requeijo (Xunta de Galicia), y Antonio Miño López (Consello Galego da Competencia)

Disclaimer

El contenido de este documento no refleja necesariamente la opinión del Ministerio de Economía y Competitividad, que no será responsable del uso que pueda hacerse de la información contenida en el mismo.

Índice de contenidos

1.- Introducción.....	5
2.- Concepto y marco jurídico de la compra pública de innovación.....	7
3.- El uso estratégico de la contratación pública para fomentar la innovación.....	13
3.1.- ¿Qué motivos existen para comprar innovación?.....	13
3.2.- El potencial innovador de las PYME.....	13
3.3.- La agregación de la demanda y la compra conjunta para el impulso de la CPI.....	17
3.4.- Reforzar la publicidad/transparencia para favorecer la concurrencia.	19
3.5.- Consultas preliminares al mercado.	20
3.6.- Identificación y planificación de las necesidades de compra.....	23
3.7.- Información previa al mercado: Los mapas de demanda temprana. ...	24
3.8.- Gestión de propuestas no solicitadas.....	25
3.9.- El apoyo en Grupos Técnicos Multidisciplinarios.	27
4.- La modalidad de Compra pública pre-comercial (CPP)	30
4.1.- Objeto y características.....	30
4.2.- Régimen jurídico.	32
4.3.- Procedimiento de adjudicación.	32
4.4.- Gestión compartida de Derechos de propiedad intelectual e industrial.	36
4.5.- Resultado del procedimiento: la adquisición de los resultados de investigación.....	37
4.6.- Resolución de conflictos en el marco de una compra pre-comercial. ..	37
5.- Compra pública de Tecnología Innovadora (CPTI)	38
5.1.- Objeto y características.....	38

5.2.- Régimen jurídico.	39
6.- EL nuevo procedimiento de «Asociación para la innovación».....	40
6.1.- Naturaleza jurídica.....	40
6.2.- Diferencias con la contratación pre-comercial.	41
6.3.- Desarrollo del procedimiento.....	43
7.- Recomendaciones para el diseño de pliegos que tengan por objeto la compra de innovación.	47
7.1.- Definición del objeto del contrato: las especificaciones funcionales. .	48
7.2.- Definición del objeto del contrato: la admisibilidad de variantes.	55
7.3.- Los criterios de adjudicación.	56
7.4.- EL principio de confidencialidad.	58
7.5.- El apoyo financiero a la compra pública de innovación.	63
7.6.- Gestión de derechos de Propiedad Intelectual e Industrial (DPI)	66
CONCLUSIONES.-	68

1.- Introducción.

A finales de 2011, el Ministerio de Economía y Competitividad publicó la «Guía de la compra pública innovadora», una vez informada favorablemente por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado¹. El objetivo de dicho documento era el de aportar unas pautas básicas y generales que permitiesen organizar las licitaciones públicas de manera que se incentivase la presentación de ofertas que incorporasen soluciones innovadoras.

La evolución legislativa, y la experiencia acumulada desde entonces, aconseja en este momento proceder a la actualización de los contenidos de aquel documento, con el objetivo de ayudar a las Administraciones públicas y demás entidades del sector público que decidan utilizar los contratos públicos para promover la innovación².

Esta actualización de la guía ha intentado mantener la mayor parte de contenidos incluidos en la versión original, especialmente en cuanto a los conceptos que allí se definían. Sí que se ha optado por atribuir una nueva denominación a la guía, que pasa «de compra pública innovadora» a ser «de compra pública de innovación», expresión que se ajusta mejor al concepto anglosajón con el que se identifica este fenómeno (*Public Procurement of Innovation*), y enfatiza la importancia de esta nueva política pública al utilizar el sustantivo (innovación) en lugar del adjetivo (innovadora) que podría denotar un carácter simplemente accesorio.

Desde el punto de vista sistemático, la nueva versión de la guía incorpora algunas novedades. Así, tras un primer apartado genérico dedicado al concepto y marco jurídico de la innovación, donde se da cuenta del concepto de innovación que debe ser utilizado a efectos de la contratación pública, se ha añadido un apartado dedicado al uso estratégico de la contratación pública para favorecer la innovación, con el que se pretende subrayar que los procedimientos de compra pública de innovación deben ser el último eslabón de una estrategia, y que de la misma forman parte igualmente otras actuaciones previas que tienen por objeto crear unas

¹ Informe 37/11, de 28 de octubre de 2011.

² Toda vez que no hay limitaciones subjetivas para la utilización de las distintas modalidades e instrumentos para la compra pública de innovación, en lo sucesivo, se utilizará la expresión “entidades contratantes” para hacer referencia a todas ellas.

condiciones en el mercado favorables a la innovación (consultas previas al mercado, publicidad anticipada, demanda temprana, vigilancia tecnológica, agregación de la demanda, etc.). En el marco de esa estrategia no debe olvidarse el potencial innovador de las PYME y la necesidad de adaptar las condiciones de las licitaciones para favorecer su participación.

A continuación se ofrecen una serie de recomendaciones para el diseño de pliegos que tengan por objeto la compra de innovación, de carácter transversal, y que pueden tomarse en consideración en el marco de procedimientos ordinarios de contratación pública.

Las modalidades de compra pública ordinaria son objeto de un tratamiento específico en dos apartados específicos en los que se da cuenta de su objeto, características y régimen jurídico.

<i>FINALIDAD</i>	<i>MODALIDAD</i>	<i>PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN Y TIPOLOGÍA CONTRACTUAL</i>
<i>Compra Pública de Bienes & Servicios que no existen en el momento de la compra pero que puede desarrollarse en un período de tiempo razonable</i>	Compra Pública de Tecnología Innovadora (CPTI)	<i>Contratos a adjudicar mediante procedimientos ordinarios, especialmente procedimientos con negociación o diálogo competitivo.</i> <i>Cualquier tipo de contrato de los previstos en el TRLCSP (obras, servicios o suministros)</i>
<i>Investigación de soluciones a futuras necesidades</i>	Compra Pública Precomercial (CPP)	<i>No sujeto al régimen general del TRLCSP. Necesidad de diseñar régimen ad hoc.</i> <i>Contrato de Servicios de I+D</i>

La parte dedicada a la modalidad de compra pública precomercial ha sido prácticamente reescrita con la finalidad de advertir de los elementos básicos que deben ser tenidos en cuenta para la licitación de este tipo de contratos. Además, a la espera del proceso de transposición, se ofrece un completo análisis de las novedades que presenta el nuevo procedimiento de «asociación para la innovación» que incorporan las nuevas Directivas europeas sobre contratación pública.

Además, a lo largo de la Guía se han actualizado todas las referencias normativas, e incluido muchas de las que incorpora la nueva Directiva 2014/24/UE.

En definitiva, esta actualización de la Guía tiene como principales objetivos:

- Identificar y dar a conocer el marco jurídico de la compra pública innovadora en España.
- Eliminar algunas dudas que pueden surgir durante la tramitación de determinados expedientes de compra pública de innovación.
- Dar a conocer el abanico de posibilidades que las entidades del sector público tienen a su disposición para promover la innovación a través de la contratación pública.
- Contribuir a la profesionalización del personal de las unidades de contratación para que puedan demandar al mercado soluciones innovadoras para satisfacer sus necesidades.
- Mejorar el clausulado de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que se utilizan en las licitaciones para asegurar el cumplimiento de los principios de la contratación pública en el procedimientos de compra de innovación, especialmente el de igualdad de trato a los licitadores y el de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa. (como anexo a esta Guía, se publica un compendio de cláusulas recomendadas para pliegos de CPI).

2.- Concepto y marco jurídico de la compra pública de innovación.

La «innovación» ha sido incorporada en las nuevas Directivas europeas de contratos públicos aprobadas el 26 de febrero de 2014 como una nueva política pública, al mismo nivel que la social y medioambiental, que debe promoverse a través de los instrumentos contractuales. Merece la pena recordar que el Considerando número 47 de la Directiva 2014/24/UE dispone expresamente que los poderes públicos deben hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación, por ser considerada uno de los principales motores del crecimiento futuro.

En el contexto europeo, y aunque caracterizado por su amplitud, la Directiva 2014/24/UE ha incorporado en el art. 1.22 un «concepto legal» de innovación, que debe utilizarse «a efectos de la aplicación de la normativa sobre contratos públicos». Se entiende por innovación:

«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».

De manera coherente con dicha definición, la compra pública de innovación es una actuación administrativa de fomento de la innovación, orientada a potenciar el desarrollo de soluciones innovadoras desde el lado de la demanda, a través del instrumento de la contratación pública. La CPI contempla entre sus objetivos:

- La mejora de los servicios públicos mediante la incorporación de bienes o servicios innovadores.
- El fomento de la innovación empresarial.
- El impulso a la internacionalización de la innovación empleando el mercado público local como cliente de lanzamiento o referencia.

Sin perjuicio de la posibilidad de promover la innovación en el marco de los contratos públicos ordinarios, la compra pública de innovación se materializa en dos modalidades de actuación: la compra pública de tecnología innovadora y las compras pre-comerciales.

- **La compra pública de tecnología innovadora (CPTI)**, que se incluye en la modalidad de las compras comerciales, consiste en la compra pública de un bien o servicio que no existe en el momento de la compra pero que puede desarrollarse en un período de tiempo razonable. Dicha compra requiere el desarrollo de tecnología nueva o mejorada para poder cumplir con los requisitos demandados por el comprador.
- **La compra pública pre-comercial (CPP)** es una contratación de servicios de investigación y desarrollo (I+D), íntegramente remunerada por la entidad contratante, caracterizada por que el comprador público no se reserva los resultados de la I+D para su propio uso en exclusiva, sino que comparte con las empresas los riesgos y beneficios de la I+D necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las que hay disponibles en el mercado.

La legislación vigente en materia de contratación pública ofrece como veremos diversas oportunidades para organizar licitaciones orientadas a la innovación. El marco jurídico de la compra pública de innovación aparece recogido, fundamentalmente, en 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), y en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. que incorpora las Directivas europeas en la materia³.

El siguiente cuadro recoge las disposiciones que integran el marco jurídico de la compra pública de innovación en España,

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):

Artículo 22 Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación

...

2. Los entes, organismos y entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley.

Artículo 4 Negocios y contratos excluidos

1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

...

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

Artículo 11 Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado

1. 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

³ Directiva 2014/18 de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. En el mes de febrero fue aprobado un nuevo paquete legislativo europeo en materia de contratación pública (Directivas 2014/23; /24 y /25 que debe ser objeto de transposición antes del 18 de abril de 2016).

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:

...

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.

...

Disposición final quinta. Fomento de la contratación precomercial⁴

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.

Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la innovación

Artículo 44 Ejes prioritarios del Plan Estatal de Innovación

...

3. Se impulsará la contratación pública de actividades innovadoras, con el fin de alinear la oferta tecnológica privada y la demanda pública, a través de actuaciones en cooperación con las Comunidades Autónomas y con las Entidades Locales, de acuerdo con lo señalado por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Los departamentos ministeriales competentes aprobarán y harán público un plan que detalle su política de compra pública innovadora y precomercial.

...

Por otra parte, 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 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador⁵. Por ese motivo, la nueva Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, instrumento clave para la realización de dicha Estrategia, señala expresamente en su Considerando núm. 39 que “la contratación pública es fundamental para impulsar la innovación”. Y por ello se conmina a los

⁴ Inicialmente contemplado en el art. 38 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible (ahora derogado).

⁵ Vid. Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, denominada Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, COM(2010) 2020 final.

poderes públicos a hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación.

Hasta en 74 ocasiones encontramos en la Directiva 2014/24/UE referencia expresa o implícita al concepto de innovación, entre las que cabe destacar las siguientes:

- El Considerando número 47 se dedica monográficamente a resaltar el papel de la innovación en la contratación pública. Allí se reconoce que la adquisición de bienes y servicios innovadores desempeña un papel clave en la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios públicos, pues contribuye a obtener la mejor relación calidad-precio en las inversiones públicas, así como amplias ventajas económicas, medioambientales y sociales, al generar nuevas ideas, plasmarlas en productos y servicios innovadores y, de este modo, fomentar un crecimiento económico sostenible.
- Por su parte, el Considerando 124 ensalza el potencial innovador de las pequeñas y medianas empresas.
- En el art. 2.22, como ya hemos visto anteriormente, se ha incluido una definición del concepto de «innovación» a efectos de la Directiva
- En el art. 14, la Directiva recuerda la existencia de mecanismos de compra pública pre-comercial que pueden servir para inducir la innovación en determinados contratos de servicios de investigación y desarrollo (contratos que además quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva).
- La Directiva alude también a la necesidad de habilitar la presentación de variantes tan a menudo como sea posible con el objetivo de permitir a los operadores económicos proponer mejores soluciones a las necesidades de los poderes públicos (Considerando 48 y art. 45).
- La redacción de las especificaciones técnicas en términos de requisitos de rendimiento y exigencias funcionales se considera desde la Directiva la mejor manera de favorecer la innovación (Considerando 74 y art. 42), advirtiéndose además que debe evitarse, cuando para la elaboración de especificaciones técnicas se utilicen etiquetas que dichas

referencias provoquen una restricción de la innovación (Considerando 75).

- Una de las principales novedades que presenta la Directiva 2014/24/UE resulta la habilitación de un procedimiento específico (Asociación para la innovación) que permite a los poderes adjudicadores establecer una asociación para la innovación a largo plazo con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadores (art. 31).
- Para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, los poderes adjudicadores podrán tomar en consideración, entre otras, las características innovadoras (art. 67.2)
- Se reconoce expresamente la posibilidad de tomar en consideración la innovación en la fase de ejecución de los contratos públicos, por ejemplo mediante el establecimiento de determinadas condiciones de ejecución (art. 70), y por último,
- También se hace una referencia a la innovación entre las normas especiales para la adjudicación de contratos de servicios sociales al señalarse que los Estados miembros deben velar por que los poderes adjudicadores puedan tener en cuenta una serie de aspectos en la adjudicación de estos contratos, entre los que destacan la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, la implicación y la responsabilización de los usuarios, y la innovación (art. 76.2 de la Directiva).

3.- El uso estratégico de la contratación pública para fomentar la innovación.

3.1.- ¿Qué motivos existen para comprar innovación?

Desde hace tiempo la contratación pública es un instrumento que, junto a la adquisición de bienes y servicios que precisa el sector público para su funcionamiento inmediato, está llamada a cumplir otras funciones de gran importancia. La adquisición de bienes, obras y servicios innovadores desempeña un papel crucial en la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios públicos, al tiempo que es un importante instrumento para dar respuesta a desafíos fundamentales para la sociedad.

La contratación pública tiende a obtener la mejor relación calidad-precio en las inversiones públicas, pero es asimismo un instrumento idóneo para la implementación de políticas medioambientales y sociales de interés público. Por su parte, la compra pública de innovación impulsa la mejora de los servicios públicos mediante la incorporación de bienes o servicios innovadores y contribuye al crecimiento económico inteligente, sostenible e integrador.

Esto significa la apostar por el conocimiento y la innovación como impulsores de nuestro crecimiento futuro. Para ello resulta imprescindible consolidar los resultados de la investigación, promover la innovación y la transferencia de conocimientos y asegurarse de que las ideas innovadoras puedan convertirse en nuevos productos y servicios que generen crecimiento y empleos de calidad, y que ayuden a afrontar los retos derivados de los cambios sociales.

Para lograrlo, la contratación pública es un instrumento idóneo, y de ahí que la nueva Directiva 2014/24/UE, conmina a las entidades contratantes a utilizar de manera estratégica la contratación pública para fomentar la innovación. Por lo tanto, si bien los gestores normalmente se ven apremiados por las urgencias del servicio a prestar y obtener la mejor tecnología ya disponible puede ser más ajustada a las necesidades inmediatas, consideraciones de política pública hacen necesario que una parte de la compra pública (el compromiso español alcanza al 3%) lo sea de innovación.

3.2.- El potencial innovador de las PYME.

Las PYME constituyen una parte esencial de la economía en todos los Estados miembros de la Unión Europea y, particularmente, en España. Su importancia en la

creación de empleo, en la generación de mercados competitivos, en el desarrollo de las economías regionales, en la mejora de la distribución de la renta y, en general, en el crecimiento económico de nuestro país, es indiscutible. Pero, además, existe consenso también en que las PYME, dado su alto grado de flexibilidad y de rapidez a la hora de adaptarse a los cambios que el mercado demanda en cada momento, desempeñan un papel de primer orden en la innovación y adaptación de nuevas tecnologías.

La Directiva 2014/24/UE recoge, en desarrollo de la conocida Comunicación de la Comisión *Small Business Act for Europe*, entre sus principales objetivos para un uso estratégico de la contratación el de facilitar la participación de las PYME en el mercado de las compras públicas. Y para ello se propone incluso adaptar la contratación pública a las necesidades de estas. En el Derecho español este objetivo estratégico fue asumido mediante la Ley de Economía Sostenible de 4 de marzo de 2011, para incorporarse poco después en el TRLCSP (art. 22.2), así como a diversa legislación autonómica.

Por su parte, la Comisión Europea en su Comunicación Unión por la innovación de 6 de octubre de 2010 insta a los Estados miembros y las regiones para que a partir de 2011 reserven partidas presupuestarias específicas para contratación pre-comercial y contratación pública de productos y servicios innovadores. Con tal fin, la Comisión se compromete a ofrecer orientación y establecer “un mecanismo de apoyo (financiero) para ayudar a las autoridades contratantes a poner en marcha estas contrataciones de manera no discriminatoria y abierta, a poner en común la demanda, a elaborar especificaciones técnicas comunes y a promover el acceso de las PYME”⁶. En el programa Horizonte 2020 de la Unión Europea existe un instrumento dedicado a las PYME y orientado a todos los tipos de PYME innovadoras que muestren una ambición fuerte por desarrollarse, crecer e internacionalizarse. Este instrumento se aplicará a todos los tipos de innovación, incluidas las innovaciones no tecnológicas y de servicios, y cubre el ciclo completo de innovación: Fase 1: Concepto y evaluación

⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada *Iniciativa emblemática de Europa 2020, Unión por la innovación* SEC(2010) 1161, Bruselas 6.10.2010, COM(2010) 546 final, pág. 19.

de la viabilidad; Fase 2: I+D, demostración y replicación comercial; y Fase 3: Comercialización⁷.

Los beneficios esperables no son menores, como revela el Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos: “La mayor participación de las PYME en las compras públicas generará una competencia más intensa por la obtención de contratos públicos, lo que ofrecerá a los poderes adjudicadores una mejor relación calidad-precio. Por otra parte, la mayor competitividad y transparencia de las prácticas de contratación pública permitirá a las PYME desarrollar su potencial de crecimiento e innovación, con el consiguiente efecto positivo sobre la economía europea”⁸.

Sin perjuicio de otras que serían de aplicación general en relación con cualquier otro tipo de compra pública, cabe señalar algunas medidas que cabría adoptar para promover la participación de las PYME en los procedimientos de compra pública de innovación:

- Potenciar los mecanismos de publicidad, poniendo especial énfasis en la publicación de anuncios previos y de contar con herramientas de búsqueda especializada en compras públicas innovadoras que facilite a las PYME el acceso a la información sobre las actuales y futuras demandas de las entidades contratantes y que dicha información sea clara y sencilla.
- Implementar programas de divulgación y capacitación que permitan mejorar la competitividad de las PYME innovadoras.
- Impulsar foros de demanda pública con el objetivo de fomentar, en la línea identificada por el citado Código europeo de buenas prácticas, una comunicación más fluida entre las entidades contratantes y las PYME innovadoras. Esta práctica podría consistir en convocar reuniones con un número significativo de PYME para que expongan a las entidades contratantes sus productos o soluciones innovadoras en un determinado ámbito tecnológico.

⁷ Más información en <http://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/en/h2020-section/sme-instrument>.

⁸ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, “Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos, Bruselas 25.06.2008, SEC(2008)2193.

- Desagregar los grandes contratos en distintos paquetes o lotes, tal y como impulsa ahora el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE hasta el punto de exigir la justificación de las razones de la no división en lotes y de permitir que la legislación nacional convierta la adjudicación de contratos en forma de lotes separados en obligatoria. Esta división puede realizarse de manera cuantitativa, para que varios o todos los lotes resulten accesibles a las PYME; o de manera cualitativa para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME.
- Incentivar la cooperación y la subcontratación en los procedimientos de licitación innovadores, como mecanismos que ayudarán a las PYME a acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, de conformidad con el artículo 63 del TRLCSP. A tal efecto, resulta conveniente insertar cláusulas relativas a la subcontratación en la documentación preparatoria de las compras públicas innovadoras abordando las tres cuestiones básicas que se plantean: el interés de la Administración en garantizar la adecuada ejecución del contrato, el derecho del empresario a la subcontratación (artículo 227.1 del TRLCSP) y los derechos de los empresarios subcontratistas..
- Favorecer las relaciones entre las PYME innovadoras y las grandes empresas, así como la cooperación transfronteriza entre PYME innovadoras con el objetivo de elaborar y mejorar instrumentos de apoyo a la innovación más eficaces y de mayor alcance.
- Desarrollar las reservas de contratos a PYME innovadoras previsto en la Disposición Final Quinta del TRLCSP⁹.

⁹ Disposición final quinta. Fomento de la contratación pre-comercial.

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.

3.3.- La agregación de la demanda y la compra conjunta para el impulso de la CPI.

La agregación de la demanda y la compra conjunta se basa, fundamentalmente, en la compra unificada de bienes o servicios para distintos órganos de una misma entidad, o en la asociación de distintos compradores públicos con necesidades similares, de tal forma que el proveedor o proveedores puedan ofrecer un mismo producto a un precio más competitivo. Estas posibilidades permiten abaratar los costes de producción y/o mantenimiento de los productos y servicios y facilita el desarrollo de mejoras en los mismos.

La agregación de la demanda pública o el impulso de compras conjuntas para la compra de innovación por varios compradores públicos que, aunque puedan estar localizados en ámbitos geográficos dispersos (local, regional, estatal, e incluso internacional), tengan perfiles de mercado semejantes, puede impulsar decisivamente el lanzamiento de proyectos de CPI a través de los que conseguir productos y servicios tecnológicamente avanzados e innovadores a mejores precios.

Uno de los mayores incentivos que puede estimular a las empresas para innovar es el tamaño del mercado en el que podrán comercializar sus nuevos productos o servicios. Esto es especialmente así cuando estamos ante nuevos productos y/o servicios cuya demanda en el mercado todavía no se conoce. La incertidumbre de mercado o la previsión de un mercado muy limitado para la comercialización es precisamente uno de los elementos que pueden entorpecer la apuesta por el desarrollo de un producto o servicio innovador. De ahí que el tamaño del mercado puede ser un incentivo relevante para despertar el interés de los operadores por participar en proyectos de CPI a la vez que la agregación de la demanda generará economías de escala que abaratarán los precios que deban abonar las entidades contratantes.

De otra parte, la unión de recursos y de experiencias por parte de distintas entidades contratantes permite reducir el riesgo que siempre se asume al comprar tecnologías aún no probadas en el mercado, hasta un nivel que pueda ser aceptable compartir entre todos los sujetos públicos vinculados por este tipo de proyectos.

Asimismo, que distintas entidades compradoras, con perfiles semejantes de demanda, compartan entre sí su propia visión de mercado puede redundar en la mejor identificación de oportunidades. La participación en redes de entes interesados

en la CPI puede ayudar a descubrir potenciales campos de aplicación de la demanda agregada a la CPI.

Parece por tanto, recomendable, que los órganos de contratación interesados en el impulso de la CPI tengan en cuenta la posibilidad asociarse y coordinarse con otros entes y poner en marcha proyectos de CPI basados en la agregación de la demanda o compras conjuntas.

Esta asociación y coordinación podría articularse a través de la constitución o creación de redes nacionales o internacionales de compra conjunta o centrales de compras para la puesta en marcha de estrategias comunes, también útiles al objeto de compartir experiencias y para la definición de *benchmark* y *best practices*. Actuarían como un canal significativo de interlocución y de referencia para los operadores privados, desde el lado de la demanda pública. De otra parte, la creación de estas redes a nivel europeo se puede servir para impulsar el objetivo de una compra pública auténticamente transfronteriza.

La existencia de estas redes, no necesariamente institucionalizadas, en las que participen entes interesados en el impulso de la CPI puede ayudar a descubrir potenciales oportunidades para la agregación de la demanda o la puesta en marcha de compras conjuntas en el sector de la innovación.

De otra parte, la creación de redes entre PYME innovadoras puede asimismo favorecer la cooperación transfronteriza a través de la que podría alcanzarse una mayor eficacia y alcance en la elaboración y mejora de instrumentos de apoyo a la innovación.

Que estas redes empiecen a crearse y dar sus frutos requerirá tiempo, pero seguramente el impulso de consultas públicas del mercado y, particularmente, la publicación de mapas de demanda temprana que puedan consultarse en puntos web concretos, contribuirá a que existan canales de intercambio de información en el sentido que se indica.

3.4.- Reforzar la publicidad/transparencia para favorecer la concurrencia.

Los beneficios de la compra pública de innovación únicamente se alcanzan con una elevada concurrencia de operadores económicos a los procedimientos. Y para ello resulta necesario reforzar los mecanismos de publicidad y de efectiva transparencia.

Además de recordar la obligación de publicidad activa de las licitaciones, de los pliegos y demás documentación complementaria, hay que destacar el importante papel que deben jugar los anuncios de información previa a los que se refiere el art. 141 TRLCSP, instrumento decisivo para permitir a los potenciales licitadores el prepararse para presentar sus ofertas.

El instrumento de publicación más eficaz, por encima incluso de los diarios oficiales, es sin duda Internet, pues como afirma el considerando 52 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, *“los medios de información y comunicación electrónicos pueden simplificar enormemente la publicación de los contratos y aumentar la eficiencia y la transparencia de los procedimientos de contratación. Deben convertirse en el método estándar de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de contratación, ya que hacen aumentar considerablemente las posibilidades de los operadores económicos de participar en dichos procedimientos en todo el mercado interior”*.

Sin embargo, el hecho de que en nuestro país contemos con más de veinte mil perfiles de contratante, uno por cada entidad contratante, constituye una traba injustificada al principio de transparencia pues dificulta el acceso a la información y favorece la fragmentación del mercado.

Para dar adecuada solución a este problema, la Ley 20/2013 de Garantía de la Unidad de Mercado dispone la centralización de la información en la ahora denominada Plataforma de Contratación del Sector Público. De este modo, la convocatoria de licitaciones y sus resultados por cualquier entidad contratante debe realizarse en la citada Plataforma, bien sea directamente por los órganos de contratación o mediante la interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información de las diferentes Administraciones y entidades contratantes¹⁰. Esta

¹⁰ Para favorecer la aplicación de esta previsión, la Administración General del Estado ha publicado una Guía en la que explica las opciones para dar cumplimiento a la obligación de publicar

obligación de publicidad en la Plataforma de Contratación del Sector Público alcanza igualmente a las compras de innovación lo que, sin duda, redundará en un mejor conocimiento y accesibilidad a las mismas por las empresas interesadas y de modo especial por las PYME innovadoras.

Por otro lado, en la misma línea de mejorar la transparencia, debe subrayarse que la Plataforma de Contratación del Sector Público cuenta con una herramienta que permite al usuario realizar búsquedas específicas de compras públicas de innovación, si bien la misma requiere mejorar los controles sobre la calificación de los contratos para que responda verdaderamente a su contenido. En la medida en la que los usuarios suben la información sin filtrar ha sido frecuente que se denomine como CPI a lo que era realmente compra tecnológica de equipamiento avanzado pero ya “inventado”. Sería recomendable que también las plataformas autonómicas equivalentes y los diferentes perfiles de contratante contemplen la implementación de herramientas de búsqueda especializadas para las compras públicas de innovación.

3.5.- Consultas preliminares al mercado.

Las consultas preliminares del mercado son un instrumento o práctica que se desarrolla durante la fase preparatoria del contrato al que pueden acudir las entidades contratantes con la finalidad de obtener información sobre la capacidad del mercado, el estado de la ciencia o tecnología e informar a los operadores económicos sobre los proyectos y los requisitos de las futuras contrataciones.

Resulta práctica habitual por parte de las entidades contratantes del sector público el estudio del nivel de prestaciones que puede ofrecer el estado del mercado para satisfacer sus necesidades y, en particular, el intento de una definición adecuada de las especificaciones técnicas de las prestaciones contractuales que se demanden, con la concreción suficiente que permita la adecuada información a los licitadores, la concurrencia y la elección de unos criterios adecuados para la adjudicación del contrato.

La CPI obliga a disponer de unos conocimientos técnicos y de mercado, en muchos casos, difíciles de reunir internamente por un comprador público. La consulta

en la Plataforma de Contratación del Sector Público. La Guía puede consultarse en el siguiente enlace: <https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/05a5c474-e26c-440c-bfe6-ce7871304d15/Guia+aplicacion+Ley+de+Garantia+de+Unidad+de+Mercado+-+PLCSP.pdf?MOD=AJPERES>

al mercado antes de la licitación se convierte por tanto en una necesidad, al objeto de investigar, vía “diálogo técnico” o por otros medios, las soluciones disponibles en el mercado. Para ello, las entidades contratantes podrán, por ejemplo, solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes, o de los propios participantes en el mercado, que podrá utilizarse en la planificación y el desarrollo del procedimiento de contratación.

El instrumento de diálogo técnico puede ser un instrumento efectivo para la preparación de procedimientos de licitación cuando la entidad contratante carece de la experiencia interna o de los conocimientos en el campo de las tecnologías innovadoras. Dado que no estamos ante un procedimiento regulado normativamente existe una gran discrecionalidad para su configuración, siempre que se respeten los principios de la legislación contractual, y no se produzca el efecto de restringir la competencia, dado el carácter preparatorio de ulteriores procedimientos de contratación de este proceso de diálogo técnico.

El diálogo técnico con el mercado¹¹ ha de realizarse antes del comienzo formal de los procedimientos de contratación. Una amplia y oportuna difusión de este trámite de diálogo con el mercado resultará esencial, pues ofrecerá al mercado la oportunidad de comprender mejor el problema a resolver y ofrecer soluciones óptimas. El diálogo con el mercado parte de las necesidades a que pretende satisfacer la entidad contratante, que deben haber sido identificadas con carácter previo. Una vez concluya, el diálogo revelará si esas necesidades pueden ser satisfechas, y si existen suficientes proveedores para una competencia efectiva, impulsándose a partir de entonces el procedimiento de licitación pertinente.

Durante el diálogo con los operadores económicos resulta imperativo respetar el principio de transparencia. En este sentido, cualquier información proporcionada por la entidad contratante durante el diálogo técnico debe ser facilitada a cualquier potencial proveedor. Y la misma posibilidad de difusión puede ser aplicada a la información que faciliten los operadores económicos a la entidad contratante. Esto no impide que la información sensible aportada por los proveedores, en su caso, pueda gozar de garantías de confidencialidad, para fomentar su participación en el diálogo técnico.

¹¹ A no confundir con el procedimiento formal de adjudicación de contratos denominado *diálogo competitivo* del actual art. 179 y ss TRLCSP)

A tal efecto, resulta útil incluir en este tipo de consultas cláusulas recordatorias destacando que la entidad contratante podrá divulgar las soluciones presentadas por los operadores económicos, aunque no la información técnica o comercial que en su caso se haya facilitado por los participantes y que estos hayan designado como confidencial. Sería aconsejable, para dar mayor seguridad jurídica, que el pliego contenga una cláusula específica sobre esta cuestión, que de adecuada respuesta a los distintos intereses en juego. Por ejemplo:

«El órgano de contratación almacenará los datos de contacto de los participantes en el procedimiento. Estos datos se incluirán necesariamente en las propuestas presentadas por los participantes, en las que se hará constar además su consentimiento expreso y la aceptación de las condiciones establecidas en el presente procedimiento, incluida la posibilidad de que el órgano de contratación pueda difundir su participación y las soluciones presentadas en el procedimiento en caso de ser relevante.

Sin perjuicio de la posibilidad de divulgación de las soluciones y de la definición de las especificaciones de los proyectos, el órgano de contratación no podrá divulgar la información técnica o comercial que, en su caso, haya sido facilitada por los participantes y estos hubieran designado como confidencial.

Serán los participantes quienes deben identificar la documentación o la información técnica o comercial que consideran que tiene carácter confidencial, no siendo admisible que efectúen una declaración genérica o declaren que todos los documentos o toda la información tiene carácter confidencial.

Los participantes podrán designar como confidenciales alguno/s de los documentos aportados en su solicitud. Esta circunstancia deberá de reflejarse claramente (de cualquier forma o al margen) en el propio documento designado como tal».

o alternativamente

«Los participantes incluirán en sus propuestas su consentimiento expreso para que el órgano de contratación pueda difundir su participación y las soluciones presentadas en el procedimiento. No obstante, el órgano de contratación no podrá divulgar la información técnica o comercial que, en su caso, haya sido facilitada por los participantes y estos hubieran designado como confidencial.

Serán los participantes quienes deben identificar la documentación o la información técnica o comercial que consideran que tiene carácter confidencial, no siendo admisible que efectúen una declaración genérica o declaren que todos los documentos o toda la información tiene carácter confidencial.

Los participantes podrán designar como confidenciales alguno/s de los documentos aportados en su solicitud. Esta circunstancia deberá de reflejarse claramente (de cualquier forma o al margen) en el propio documento designado como tal».

En cualquier caso, la consulta previa al mercado a través del diálogo técnico no puede producir como efecto el falseamiento de la competencia, o la vulneración de los principios de no discriminación y transparencia. Para ello, las entidades contratantes deben adoptar las medidas adecuadas para evitar que la participación de los operadores económicos en las consultas preliminares puedan influir involuntariamente en las condiciones de los contratos a los que luego se presenten orientándolos en un sentido que les resulte favorable. El diálogo técnico debe estar orientado a la definición de las especificaciones técnicas en términos de exigencias funcionales o de rendimiento y evitar cualquier referencia a una concreta fabricación, procedencia, marca, patente o producción determinada con la finalidad de descartar o favorecer a determinadas empresas o productos. Las entidades contratantes deben garantizar que la participación en el diálogo técnico y la definición de las especificaciones técnicas no puedan suponer el otorgamiento de derechos exclusivos. Asimismo, tras un trámite de consulta preliminar al mercado, las entidades contratantes deben establecer unos plazos adecuados para la recepción de las ofertas en los ulteriores procedimientos de licitación.

3.6.- Identificación y planificación de las necesidades de compra.

Una buena herramienta de planificación de las compras de innovación es la **vigilancia tanto tecnológica como del mercado**. La vigilancia tecnológica se centra en el seguimiento de los avances de la tecnología y de las oportunidades que genera, mientras que la vigilancia del mercado supone el seguimiento y análisis de competidores, proveedores y clientes.

Son varias las técnicas y herramientas de las que las entidades contratantes pueden valerse para esas labores de vigilancia. A continuación se identifican algunas de ellas:

- **Análisis de Bases de datos de patentes:** Son técnicas basadas en investigar documentación sobre patentes y bases de datos que han sido diseñadas para identificar que está sucediendo en el ámbito tecnológico y que sujetos los están desarrollando.

- Análisis de mercado: Este análisis puede aportar información muy valiosa, por ejemplo, para identificar y evaluar las especificaciones de nuevos productos, y quien los ha desarrollado.
- Participación en congresos especializados, adhesión a redes profesionales o asociaciones, análisis de páginas webs de proveedores, etc.
- Colaborar con organismos o empresas acreditadas según la norma de AENOR UNE 166.006 “vigilancia tecnológica e inteligencia competitiva”

3.7.- Información previa al mercado: Los mapas de demanda temprana.

La *demanda temprana*, es decir, avisar con tiempo de los planes de contratación previstos, es un potente incentivo a la inversión empresarial, que puede impulsar el crecimiento económico y la creación de empleo. En cualquier tipo de compra de productos y servicios, la demanda temprana a los proveedores supone un gran beneficio tanto para el sector industrial, al permitirles reducir los riesgos y mejorar la planificación de las inversiones a realizar, llevar a cabo alianzas o UTES con otras empresas para presentarse a la licitación conocida con antelación; como para los propios clientes, al poder ver reducidos los tiempos de ejecución de las soluciones innovadoras existentes en el mercado.

Cuando anticipa su demanda, el comprador público provoca un adelanto en la aplicación de las soluciones innovadoras que desarrollan las empresas, y puede conseguir anticipadamente las prestaciones que de ella se derivan. Por el contrario, está comprobado que sin esa demanda temprana las soluciones innovadoras tardan más tiempo en llegar al mercado.

La comunicación oportuna de los planes al mercado puede tomar muchas formas. Algunas de ellas se señalan a continuación:

- Organización de jornadas de puertas abiertas para la potencial oferentes.
- Publicación de planes anuales de contratación pública a través de los sitios web oficiales.
- Publicación de anuncios previos.

- Publicación de Mapas de demanda temprana para concretos proyectos en los perfiles de contratante.

Para que estos mapas de demanda sean creíbles y eficaces deben al menos contemplar con la mayor claridad posible¹²:

- El problema o necesidad a resolver o satisfacer
- Los importes económicos estimados y lotes previstos

3.8.- Gestión de propuestas no solicitadas.

Se denomina propuesta no solicitada a la acción por la que un operador económico se dirige a una entidad contratante para mostrarle la solución a una necesidad futura de un determinado producto o servicio que el proponente está en disposición de ofrecer. Estas propuestas a menudo están poco preparadas y consisten en una simple idea, pero a veces están completamente desarrolladas. Suelen ser difíciles de gestionar por parte del comprador público, por cuanto la intención del proponente puede ser precisamente crear esa necesidad futura y obtener financiación o apoyo del sector público para desarrollar la idea.

Asimismo, el temor a que la novedad de la solución ideada sea conocida por la competencia o que aplique la incompatibilidad de presentarse al concurso de aquellas empresas que “hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato” (art. 56.1 del actual texto de la LCSP), retrae esta comunicación eficaz hacia los gestores públicos por parte de las empresas.

La entidad contratante en ocasiones no aprecia ninguna demanda potencial ni necesidad futura y otras veces el coste de implementar la idea puede ser excesivo. Sin embargo, ocurre que entre muchas propuestas no solicitadas alguna podría resultar en importantes ahorros de recursos, mejora de los servicios, creación de empleo, oportunidades de exportación, etc., por lo que es conveniente examinarlas todas.

En todo caso, debe quedar claro que estamos ante una actuación preliminar a la contratación propiamente dicha, destinada a identificar y planificar posibles o futuras necesidades de la entidad contratante. En consecuencia, los pasos a dar para

¹² Ver ejemplo de los [mapas de demanda temprana](#) de las licitaciones del servicio Gallego de salud (SERGAS) en los proyectos Hospital 2050 e Innova Saúde

gestionar tales ofertas que más abajo se presentan, no deben confundirse con los procedimientos de adjudicación de contratos regulados en el TRLCSP. Asimismo, las soluciones técnicas que se adopten por las entidades contratantes y que se incorporen a los pliegos correspondientes -en el caso de que se decida continuar con la convocatoria de una licitación- no pueden implicar una ventaja competitiva dentro del procedimiento de licitación que se convoque, no permitida por la legislación de contratos del sector público, y que infrinja los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

Asimismo cabe que el propio organismo público tome la iniciativa de publicar una convocatoria para recibir propuestas de soluciones innovadoras. Es más recomendable una orientación al mercado del tipo de tecnologías o soluciones imaginadas que, de no recibirse otras propuestas mejores, se licitarían, que abrir una convocatoria “en blanco” para recibir ideas. De este modo la entidad contratante se asegura poder evaluar las soluciones más apropiadas para sus necesidades, y además se cumple con los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación¹³

Una vez identificada una propuesta como de interés, para lo cual es muy importante contar con la ayuda de los expertos asesores, los siguientes pasos pueden ser de utilidad:

- Indicar a los eventuales proponentes que deben redactar su propuesta en forma breve, pues en caso de que el organismo público decida dar curso a la propuesta, habrá que hacer pública una especificación funcional. Esto protegerá los derechos de propiedad intelectual del proponente hasta que llegue el momento de presentar la propuesta completa¹⁴.
- Seleccionar de entre las propuestas recibidas las más adecuadas.
- Publicar las propuestas recibidas, aceptadas y rechazadas

¹³ En el sector público existe el modelo del programa COINCIDENTE, del Ministerio de Defensa. Las licitaciones de CPI de los proyectos H2050 o Innova Saúde del SERGAS ya comentados fueron precedidas por un [proceso abierto de concursos de ideas](#) que puede tomarse como modelo

¹⁴ El organismo público debe aclarar en la convocatoria de ideas, que quien comunique una propuesta si tuviese patentada la solución no podrá reclamar que sea su solución la que se licite y deberá garantizar la confidencialidad de las propuestas recibidas.

- Invitar a los seleccionados individualmente a hacer una presentación de su producto o servicio.
- Reevaluar las propuestas seleccionadas.
- Preparar las especificaciones funcionales detalladas y distribuirlas a todos los ofertantes seleccionados.
- Continuar, si así se decide, con la convocatoria de una licitación en los términos previstos en el TRLCSP.

3.9.- El apoyo en Grupos Técnicos Multidisciplinares.

Para la buena marcha de las compras de innovación resulta necesario contar con un equipo de personas de formación multidisciplinar y con suficiente experiencia técnica en ámbitos diversos como el jurídico, técnico, económico, de gestión de proyectos, etc.. En este sentido es recomendable que el órgano de contratación cuente a lo largo de todo el procedimiento contractual, incluso para la propia preparación del procedimiento, con el apoyo de este tipo de personal. Esta recomendación sirve para las dos modalidades de CPI.

La misión del Grupo Técnico Multidisciplinar será la de asesorar al órgano de contratación y a la mesa de contratación a lo largo del procedimiento contractual en las distintas cuestiones de índole técnico-innovador vinculadas con el objeto del contrato.

Aunque el asesoramiento del Grupo Técnico Multidisciplinar podría comenzar en un estadio anterior, sería conveniente que cuando se contase con el mismo se indicase en los Pliegos de Cláusulas Administrativas del contrato.

El TRLCSP se refiere a la necesidad de contar con un Comité de expertos en ciertos supuestos, básicamente para los casos en que para la valoración de las ofertas se hubiesen fijado criterios de adjudicación que requieran un juicio de valor (*ergo*, subjetivos) y que tengan una ponderación superior a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas establecidas en los pliegos de cláusulas administrativas. Ahora bien, la misión del Grupo Técnico Multidisciplinar al que ahora se alude es más amplia que la atribuida al comité de expertos al que hoy se refiere el TRLCSP, pues el Comité o Grupo de expertos al que al que nos referimos tendría potencialmente un mayor protagonismo. Así, dado el carácter técnico innovador de los contratos de CPI puede ser útil contar con el apoyo técnico especializado de un Grupo técnico de expertos plural, que con un enfoque integrado multisectorial pueda

con sus aportaciones y asesoramiento contribuir en distintos momentos -no solo durante la valoración de los criterios de adjudicación- al éxito de la compra que se realiza en cada caso. La conveniencia de contar con este Grupo de expertos se aprecia con mayor nitidez si reparamos en que en los contratos de CPI lo más usual es definir los criterios de adjudicación no por referencia al precio, sino por referencia a la fijación de otro tipo de criterios objetivos vinculados a las especificaciones técnicas que ha de cumplir aquello que busca comprarse.

En este sentido, el Grupo de Trabajo Multidisciplinar puede ayudar a la entidad contratante y/o a la mesa de contratación en el diseño ya inicial -no solo en el momento de la aplicación e los criterios de adjudicación- de muchos de los aspectos técnicos de este tipo de contratos. Así por ejemplo, podría tener un papel relevante en la elaboración de los pliegos definiendo el que será el objeto del contrato a través de características funcionales, en la elección de los mejores criterios de adjudicación aplicables, etc.. Más tarde, ya con la licitación en marcha, su labor se centraría en el análisis de las ofertas y la aplicación de los criterios de adjudicación previstos en el pliego o, ya en la fase de ejecución del contrato, en el seguimiento de la ejecución del contrato hasta su liquidación y terminación.

Incluso la existencia de estos Grupos de Trabajo Multidisciplinares puede servir de estímulo a los operadores económicos en orden a elevar la calidad de las propuestas que presenten y contribuye a garantizar que sólo las propuestas de la más alta calidad son seleccionadas para pasar a fases sucesivas o para resultar adjudicatarias del contrato.

El Grupo de Trabajo Multidisciplinar debe estar integrado por expertos independientes debiendo garantizarse que ningún miembro del Comité Técnico de Expertos externos esté en situación de conflicto de intereses con alguno de los licitadores. Todos los miembros que lo conformen han de contar con la cualificación profesional adecuada, en razón de la materia sobre la que verse el contrato en cuestión. Normalmente se requerirán expertos de cualificación profesional variada. No es necesario que los miembros del Comité de Expertos se elijan de entre el personal al servicio del órgano contratante, pero sí podrían estar vinculados al mismo, también podrían estar vinculados a otros departamentos de la entidad contratante, o incluso, de ser preciso por las características del objeto contractual, podría acudir a un asesoramiento externo (público o privado). De ahí que antes de iniciar un procedimiento de contratación de este tipo, las entidades contratantes deben

analizar internamente si cuentan con recursos humanos con la cualificación y experiencia técnica para abordar estas labores de asesoramiento¹⁵.

Como se indica, este Grupo de expertos podría empezar a actuar ya durante la fase de diseño de los documentos contractuales. En este sentido, en el expediente administrativo debería constar la razón de ser de su creación para el contrato concreto, así como de las funciones que se le atribuyen. Asimismo, su composición y funciones deberían, más tarde, constar en el pliego de cláusulas administrativas del contrato.

¹⁵ A estos efectos es interesante [la descripción en las actas](#), de los trabajos de los expertos que asesoraron a la mesa de contratación de la Universidad en los proyectos del Robot CORDOBA

4.- La modalidad de Compra pública pre-comercial (CPP)

La modalidad de compra pública pre-comercial, que no tiene naturaleza subvencional, se centra en la búsqueda de soluciones a posibles demandas futuras. A través de las actividades de investigación y desarrollo que se promocionan con esta modalidad contractual, las entidades del sector público pueden abordar necesidades públicas para las cuales no existe una solución en el mercado. El objetivo es facilitar el desarrollo rentable de soluciones innovadoras para los servicios públicos con una perspectiva más amplia y global.

No hay limitaciones subjetivas para la utilización de esta técnica, por lo que cualquier entidad del sector público, con independencia de que tenga o no la consideración de Administración pública, puede impulsar compras públicas pre-comerciales.

4.1.- Objeto y características.

A diferencia de lo que sucede con la compra pública de tecnología innovadora, cuyo objeto es mucho más amplio, la contratación pre-comercial se circunscribe exclusivamente a la compra de servicios de I+D+i dirigidos a conseguir unos resultados innovadores respecto a lo existente en ese momento en el mercado. En concreto, a la compra de aquellos servicios a los que se refieren las categorías del Vocabulario Común de contratos públicos (*Common Procurement Vocabulary*, CPV¹⁶)

- 73000000-2 a 73120000-9, que comprende: “Servicios de investigación y desarrollo y servicios de consultoría conexos; Servicios de investigación y desarrollo experimental; Servicios de investigación; Servicios de laboratorio de investigación; Servicios de investigación marina; Servicios de desarrollo experimental”.
- 7330000-5, relativa a servicios de “Diseño y ejecución en materia de investigación y desarrollo”.
- 73420000-2, sobre servicios de “Estudio de previabilidad y demostración tecnológica”

¹⁶ Reglamento (CE) 213/2008 de la Comisión de 28 de noviembre de 2007, que modifica el Reglamento (CE) no 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV.

- 73430000-5, inclusiva de servicios de “Ensayo y evaluación”.

La compra pre-comercial se circunscribe exclusivamente a actividades de I+D que abarcan desde la exploración y diseño de soluciones, creación de prototipos, hasta el desarrollo original de un volumen limitado de primeros productos o servicios en forma de serie de prueba con el fin de incorporar los resultados de *tests* de campo y demostrar que el producto o servicio es susceptible de producirse o suministrarse en cantidad cumpliendo unas condiciones de calidad y estándares aceptables. Por el contrario, no se podrían calificarse como actividades de investigación las de desarrollo comercial como la producción o el suministro a gran escala para determinar la viabilidad comercial o recuperar los gastos de investigación y desarrollo, la integración o la adaptación y los ajustes y las mejoras añadidos a productos o procesos existentes.

Además del elemento objetivo (servicios de investigación y desarrollo), las compras pre-comerciales aparecen caracterizadas por la compartición, entre la entidad contratante y las empresas adjudicatarias, de los riesgos y los beneficios de la investigación científica y técnica¹⁷. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias ha señalado al respecto que «las expectativas de tales riesgos y beneficios han de referirse a la posibilidad de explotar o comercializar con terceros el resultado de los trabajos realizados, posibilidad que, habiendo provocado el efecto de minorar el importe pactado para remunerar el trabajo del contratista, introduce para éste, tanto un factor de riesgo, en la medida en que los resultados de la explotación posterior con otros clientes pueden no alcanzar sus iniciales expectativas, como un factor de posibles beneficios, en la medida en que esa comercialización posterior alcance o supere tales expectativas» (Informe 3/2012, de 10 de abril).

No debe olvidarse igualmente que otro requisito de las compras pre-comerciales es precisamente «que el poder adjudicador remunere totalmente la prestación del servicio de investigación y desarrollo». A este respecto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ya señaló en su Informe núm.

¹⁷ Compartir riesgo significa, por ejemplo, que aunque el resultado esperado no se cumpla al 100%, si la verificación de los trabajos realizados es positiva, a los licitadores se les abonarán las cantidades acordadas en el pliego. Una muestra típica de la compartición de beneficios (que puede incluso configurarse como criterio de adjudicación) es el abono de royalties por las futuras ventas de los resultados de la investigación (para que sea real, se estima que a partir de 5-10% -en función de lo aportado por cada parte- no deberían puntuarse más las ofertas).

13/11, de 10 de mayo de 2012, dedicado al régimen derivado de los contratos I+D, que el hecho de que la entidad contratante pueda acogerse a programas de financiación de la actividad investigadora (financiación del CDTI era el caso analizado por la Junta Consultiva) no impide considerar que el contrato puede acogerse a la excepción incluida en el art. 4.1.r TRLCSP.

4.2.- Régimen jurídico.

La compra pública pre-comercial se encuentra excluida del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación (art. 14 Directiva 2014/24/UE y art. 4.1.r TRLCSP). Ello no significa que las entidades contratantes gocen de una libertad absoluta para la celebración de estos contratos, ya que su adjudicación queda sometida al respeto de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y de elección de la oferta económicamente más ventajosa¹⁸. Serán por tanto los Pliegos o Documentos elaborados por la entidad contratante los que los que determinen un régimen *ad hoc* para cada contrato, especificando cómo se materializan en cada caso los citados principios.

Por otra parte, la disposición final 5ª TRLCSP se refiere al «*Fomento de la contratación precomercial*», remitiendo a un Acuerdo del Consejo de Ministros la fijación en los Presupuestos de las cuantías necesariamente destinadas a la financiación de contratos de compra pública pre-comercial. El Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de julio de 2011 establecía como objetivo que en 2013 la compra pública innovadora alcanzase el 3% de la inversión nueva.

4.3.- Procedimiento de adjudicación.

El procedimiento de adjudicación de las compras pre-comerciales debe diseñarse *ad hoc* por cada órgano de contratación indicando cómo se materializan los principios generales de la contratación pública:

a) Régimen de publicidad

Los principios de igualdad de trato y de no discriminación implican una obligación de transparencia que consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador

¹⁸ A no confundir con “oferta más barata”. Cabe valorar que una oferta que pueda suponer un mayor precio inicial sea más rentable económicamente para la Administración, si se argumenta por qué y se demuestra. El criterio debe atender a la regla *value for money*.

potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado. El Pliego o Documento que ordene el procedimiento de adjudicación¹⁹ indicará los medios que se utilizarán para difundir la información relativa al procedimiento. Una buena práctica sería utilizar la Plataforma de Contratos del Sector Público para publicar el anuncio de licitación, los Pliegos o Documentos que ordenen la licitación, los resultados de las distintas fases selectivas, así como cualquier otro documento relevante, ya que dicha herramienta cuenta en su buscador con la opción de filtrar los resultados por modalidad de compra pública innovadora²⁰. La publicación de anuncios de información previa permite asimismo alertar a los operadores económicos de la futura licitación pre-comercial para que puedan ir preparando sus propuestas.

b) Principio de concurrencia competitiva

Para diseñar las distintas fases en las que se desarrollará el procedimiento, debería seguirse la secuencia de las etapas propias del proceso de investigación e innovación. En el modelo de procedimiento de compra pública pre-comercial que patrocina la Comisión Europea²¹, que no implica que no puedan existir otros modelos, se distingue una primera fase de «exploración de soluciones», una segunda de «construcción de prototipos», y finalmente una tercera de «estudio y análisis de viabilidad de las soluciones».

¹⁹ Al tratarse de un negocio excluido del TRLCSP podría no utilizarse la terminología tradicional “Pliego de cláusulas técnicas y de cláusulas administrativas”, pero es aconsejable su utilización.

²⁰ Recuérdese la nueva configuración de la Plataforma de Contratos del Sector Público derivada de la modificación «material» del art. 334 TRLCSP a través de la disposición adicional tercera de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. A través de la Plataforma debería poder accederse a la convocatoria de licitaciones y sus resultados de todas las entidades del Sector Público.

²¹ Cfr. Comunicación sobre «La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles».

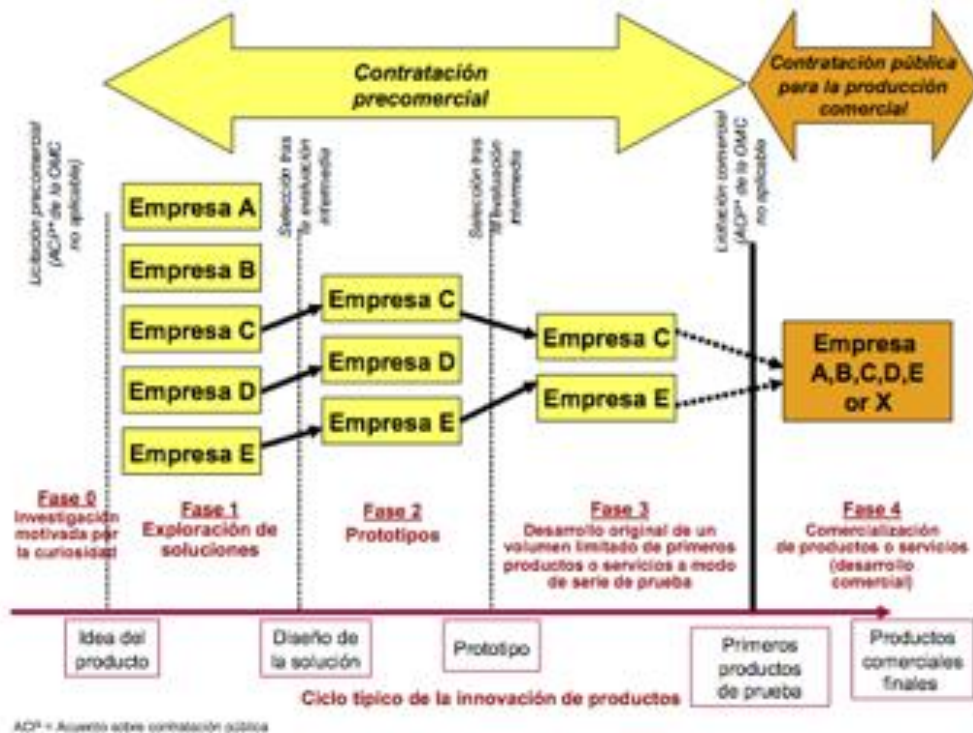


Gráfico 2: Ilustración de un proceso de contratación precomercial en fases

Tras la oportuna convocatoria, en una primera fase, las propuestas de solución presentadas serían objeto de evaluación conforme a los criterios establecidos en el Pliego o en la documentación del contrato, y remuneradas aquellas que obtengan una valoración positiva hasta el importe igualmente previsto en el Pliego. Algunas de esas propuestas, en número fijado previamente en la convocatoria serían seleccionadas para elaborar un prototipo durante la segunda fase. Nuevamente esos prototipos serían objeto de valoración (y nueva remuneración) al objeto de seleccionar los que alcanzarían la tercera y última fase, en la que habría de demostrarse su viabilidad mediante la presentación del correspondiente estudio o pruebas, y remunerando la entidad contratante aquellas propuestas que hayan alcanzado el objetivo de aproximar una idea hasta un estadio próximo a su comercialización.

Este diseño por fases eliminatorias permite ir comprobando progresivamente la eficacia y eficiencia de las soluciones propuestas por las diferentes empresas. Este modelo supone, por tanto, la posibilidad de contratar el desarrollo de múltiples soluciones de manera simultánea en cada una de las antedichas fases. Y supone también que los operadores económicos que participan en cada una de esas fases

perciben la oportuna compensación, y no únicamente los que lleguen a la última de las fases²². Es condición esencial para caracterizar el contrato como compra pre-comercial que la financiación la aporte íntegramente la entidad contratante, y que la retribución que se ofrezca a los operadores económicos participantes responda a condiciones de mercado, para evitar así su consideración como ayudas de Estado.

Para evitar la dependencia de un solo proveedor en la fase comercial posterior, y evitar la constitución de «monopolios» o resultados «anticompetitivos», resulta necesario que a la última de las fases competitivas lleguen al menos dos operadores económicos²³.

En el diseño de las fases deben dimensionarse debidamente los plazos de presentación de soluciones, prototipos y estudios de viabilidad, ofreciendo a los operadores económicos el margen temporal adecuado y suficiente para el buen éxito de sus propuestas. Además, a fin de supervisar la marcha de estas licitaciones pre-comerciales, las entidades contratantes deberán crear una unidad con capacidad de asesoramiento y apoyo técnico y jurídico adecuado.

c) Determinación de la oferta económicamente más ventajosa

El principio de igualdad de trato de los operadores económicos y la obligación de transparencia que se desprende de éste, exigen que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos. Ello significa que en el pliego o documento que regule el procedimiento de adjudicación pre-comercial y en el anuncio de licitación deben señalarse los criterios de adjudicación que vayan a tomarse en consideración en cada una de las fases del procedimiento pre-comercial,

²² Es decir, el hecho de investigar posibles soluciones (o incluso saber que algunas no son viables) es ya un activo intangible para el comprador y, aunque no se obtenga el resultado esperado, cabe retribuirlo, como ya se ha recordado.

²³ Según indica la Comisión Europea en su Comunicación sobre «La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles», en este tipo de compras precomerciales se debe conservar al menos a dos de las empresas participantes hasta la última fase, con objeto de garantizar la existencia de un futuro mercado competitivo. El mantenimiento de una presión competitiva positiva sobre los proveedores permite a los compradores públicos aprovechar las mejores soluciones que el mercado puede ofrecer al tiempo que se evita la dependencia de un solo proveedor.

así como la fórmula o método que se haya de utilizar para la valoración de los mismos, y la ponderación que atribuyen a cada uno.

En consecuencia, las entidades adjudicadoras no podrán aplicar en la fase de valoración de las propuestas reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación que no hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

4.4.- Gestión compartida de Derechos de propiedad intelectual e industrial.

Una de las características esenciales de la compra pre-comercial es la compartición de los derechos de propiedad intelectual o industrial que deriven de las actividades de investigación y desarrollo que constituyen el objeto del contrato. El pliego o documento que ordene la licitación pre-comercial debe determinar ya cómo se realizará ese reparto, para el caso de que las soluciones ideadas lleguen a explotarse comercialmente.

Con carácter general, a los operadores económicos se reconocerá la titularidad de los derechos de propiedad intelectual e industrial derivados de las actividades de investigación y desarrollo, reservando a la entidad contratante un derecho de uso de los resultados obtenidos por determinado tiempo. También puede materializarse ese régimen compartido en el pago a la entidad contratante de un determinado canon o *royalty*, en función de los resultados de explotación, aspecto este que puede configurarse como criterio de adjudicación. Conviene retener, en relación con esto último, que el ofrecimiento de un canon muy elevado no siempre resulta beneficioso para la entidad contratante, pues tras ello puede esconderse la intención del operador económico de no realizar ningún tipo de explotación comercial.

Igualmente resulta aconsejable el establecimiento de algún tipo de mecanismo de seguimiento de esa explotación comercial posterior a la finalización del procedimiento pre-comercial. Por ejemplo, para incentivar la explotación de las soluciones por parte de los operadores económicos puede incluirse en el Pliego la posibilidad de que la entidad contratante «rescate» los derechos de propiedad intelectual o industrial, si en el plazo prudente (entre dos y tres años normalmente) que se determine los operadores económicos no desarrollan ningún tipo de actividad de explotación comercial y se puede negociar con otra empresa para que lo implemente en el mercado.

4.5.- Resultado del procedimiento: la adquisición de los resultados de investigación.

El procedimiento de compra pública pre-comercial concluiría con el acercamiento al mercado de varias soluciones que pueden satisfacer las necesidades identificadas antes de iniciarse el procedimiento. La compra ulterior de esas soluciones no quedaría comprendida en el objeto de la compra pre-comercial, y precisaría de un nuevo procedimiento de adjudicación, éste ya sometido a las prescripciones de la normativa sobre contratación pública. Para ello, se ofrecen varias alternativas.

En primer lugar, las entidades contratantes podrán utilizar, en su caso, un procedimiento negociado sin publicidad para la adquisición de los resultados de investigación. Tal opción se contempla en el artículo 173.b TRLCSP, incorporando en sus propios términos el art. 31.2.a de la Directiva 2004/18), que admite la utilización de dicho procedimiento en los contratos de suministro para la adquisición de productos fabricados exclusivamente para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo. Esta posibilidad no se aplica cuando los productos se hayan producido en serie para establecer la viabilidad comercial del producto o para recuperar los costes de investigación y desarrollo, ya que en tal caso deberá utilizarse para la compra un procedimiento ordinario.

Por otra parte, el procedimiento de adjudicación de asociación para la innovación que ahora prevé el art. 31 de la Directiva 2014/24/UE permitirá, una vez que esté disponible en la legislación española de contratos públicos, integrar en el marco de un mismo contrato, tanto las actividades (servicios) de investigación y desarrollo como la compra ulterior de los productos que sean resultado de esas actividades.

4.6.- Resolución de conflictos en el marco de una compra pre-comercial.

Al tratarse de contratos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contratos públicos, en el marco de las compras públicas pre-comerciales, las entidades contratantes no gozan, *a priori*, de las potestades de interpretación, modificación y resolución que ostentan en el marco de los procedimientos contractuales ordinarios.

Debido esa exclusión tampoco podría utilizarse el recurso especial en materia de contratación pública en el marco de dichos procedimientos. Resultaría de aplicación, no obstante, el régimen de recursos administrativos ordinarios, cuando las compras pre-comerciales fuesen impulsadas por entidades que tengan la consideración de Administraciones públicas.

En todo caso, por aplicación de la lógica del sistema procesal vigente, las cuestiones litigiosas relativas a la fase de preparación y adjudicación se deben residenciar en la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 2 b) LJ 98).

5.- Compra pública de Tecnología Innovadora (CPTI)

5.1.- Objeto y características.

La compra Pública de Tecnología Innovadora consiste en la compra pública de un bien o servicio que no existe en el momento de la compra pero que puede desarrollarse en un período de tiempo razonable. Dicha compra requiere el desarrollo de tecnología nueva o mejorada para poder cumplir con los requisitos demandados por el comprador.

Es importante tener presente, por un lado, que las actividades de I+D se realizan como parte integrante de un único contrato y por otro, que a fin de maximizar los beneficios de la CPI deben fomentarse aquellas CPTI en las que la actuación del comprador público como primer cliente y/o cliente de referencia contribuyan significativamente a la internacionalización de las innovaciones desarrolladas bajo esta modalidad de contratación.

En este sentido, en relación con la I+D, es recomendable que en la redacción de los pliegos o documento descriptivo dentro de los procedimientos ordinarios, el objeto del contrato quede bien delimitado de manera que en caso de existir actividades de I+D, éstas sean tan solo una parte o fase de la contratación pero nunca el objeto único del contrato. Con ello se pretende diferenciar con claridad el objeto de un contrato de CPTI del relativo al de una Compra Pública Precomercial (CPP), que consiste en un contrato de servicios de I+D en el que el comprador público comparte con las empresas adjudicatarias los riesgos y los beneficios de la I+D necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las que hay disponibles en el mercado, que está excluido del régimen general del TRLCSP y tiene su propia trayectoria de contratación.

5.2.- Régimen jurídico.

A diferencia de la *compra pública pre-comercial*, que tiene su propia regulación, la compra pública de innovación, en su modalidad de *compra pública de tecnología innovadora*, se encuentra plenamente sometida a la normativa de contratación pública. Es por ello que, en función de su objeto (obras, servicios o suministros), a cada contrato le resultará de aplicación las disposiciones del TRLCSP relativas a su tipología contractual habitual, siendo la adquisición de algo “innovador”, la *única* diferencia, con las peculiaridades de definición del objeto y los criterios de valoración, como elementos diferenciadores.

Lo mismo sucederá respecto al procedimiento de adjudicación elegido en cada caso, cuyo régimen jurídico de aplicación será el establecido para cada procedimiento en el TRLCSP. En relación a este último aspecto, es necesario destacar el papel del diálogo competitivo que la nueva Directiva 2014/24/UE (Considerando 42 y 43) concede para los supuestos de contratación de proyectos o soluciones innovadoras. Así señala que “el recurso al diálogo competitivo resulta ser útil en aquellos casos en que las entidades contratantes 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. Esta situación puede presentarse, en particular, en los proyectos innovadores”.

Especial importancia concede también a aquellos procedimientos de licitación con negociación, que pueden ser necesarios para garantizar que las obras, el suministro o el servicio de que se trate respondan a las necesidades de la entidad contratante. El artículo 26.4 de la Directiva 2014/24/UE dispone que:

“Los Estados miembros establecerán asimismo que los poderes adjudicadores puedan aplicar un procedimiento de licitación con negociación o un diálogo competitivo en las siguientes situaciones:

a) con respecto a las obras, suministros o servicios que cumplan uno o varios de los siguientes criterios:

i) que las necesidades del poder adjudicador no puedan satisfacerse sin la adaptación de soluciones fácilmente disponibles,

ii) que incluyan un proyecto o soluciones innovadoras,

iii) que el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas por circunstancias específicas ligadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera, o por los riesgos inherentes a los mismos,

iv) que el poder adjudicador no pueda establecer con suficiente precisión las especificaciones técnicas por referencia a una norma, evaluación técnica europea, especificación técnica común o referencia técnica en el sentido del anexo VII, puntos 2 a 5”

Por consiguiente, las entidades contratantes en función de los supuestos de aplicación podrán elegir alguno de los procedimientos de adjudicación establecidos en el TRLCSP en función del bien o servicio que se pretenda contratar, debiendo tener especial consideración aquellos procedimientos de licitación con negociación o de diálogo competitivo.

En este sentido, el diálogo competitivo podrá utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos, esto es, 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 del TRLCSP, los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto.

6.- EL nuevo procedimiento de «Asociación para la innovación».

6.1.- Naturaleza jurídica.

Introducida por el artículo 31 de la Directiva 2014/24, el nuevo procedimiento de la asociación para la innovación (*innovation partnership*) parece llamada a ser la respuesta flexible y sintética a la contratación de productos y servicios tecnológicos a escala comunitaria que permita como resultado una adjudicación. La Directiva considera a la asociación para la innovación como un procedimiento de contratación, accesible a los poderes adjudicadores “*cuando 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*”.

A la vista tanto del Considerando 49 como del artículo 31 de la Directiva, puede concluirse que la denominada asociación es - en su conjunto- un “*procedimiento específico*”, sometido parcialmente a las reglas del procedimiento con negociación, con las especificidades que el mismo precepto dispone con el fin de concluir un acuerdo de colaboración con resultado de innovación.

Que el procedimiento alcance tanto a la investigación y desarrollo de las soluciones tecnológicas necesarias como a la consecución de los trabajos, bienes o servicios finales (fase comercial) significa que es un procedimiento complejo y tendencialmente de larga duración (“*a largo plazo*”) y de ciclo completo: se inicia con la búsqueda de una tecnología para la producción de nuevos bienes o servicios y finaliza cuando éstos se hallan plenamente operativos y a satisfacción del órgano de contratación.

Se trata, en todo caso, de un nuevo procedimiento que exige el necesario desarrollo por la Legislación de contratos públicos y que no puede utilizarse hasta su concreta transposición.

6.2.- Diferencias con la contratación pre-comercial.

Pueden señalarse hasta cinco diferencias entre los regímenes jurídicos de la asociación para la innovación y de la contratación pre-comercial.

- 1) La primera afecta a la relación con la normativa de contratos. La asociación para la innovación está incluido en el catálogo de los procedimientos de contratación típicos (Título II, Capítulo I). La contratación pre-comercial fue expresamente excluida del ámbito de aplicación de la normativa contractual comunitaria (artículo 16 f) de la Directiva 2004/18/CE, y art. 14 de la Directiva 2014/24/UE).
- 2) La segunda diferencia ya ha sido apuntada: la asociación para la innovación contiene un solo procedimiento dividido en dos fases principales. Por el contrario, el punto y final de la contratación pre-comercial en el diseño de los bienes o servicios reclamados por el órgano de contratación y su producción o prestación se licitará en un procedimiento separado.
- 3) Derivada de aquélla, existe otra divergencia significativa. En la asociación para la innovación, al ser único el procedimiento, el socio que presente la mejor oferta tecnológica será el adjudicatario de la obra,

suministro o servicio, salvo que varios licitadores sean los adjudicatarios de la fase pre-comercial, en cuyo caso éstos competirán en la fase puramente contractual para la adjudicación de la obra, suministro o servicio. La contratación pre-comercial admite en la licitación de los productos finales ofertas de otros candidatos sumados a los que superaron la fase pre-comercial.

- 4) El cuarto rasgo distintivo entre la contratación pre-comercial y la asociación para la innovación radica en la amplitud de su objeto y causa. La primera es básicamente un contrato de servicios de I+D, y se plasma en la prestación de un servicio por las empresas, que generan un insumo tecnológico hábil para satisfacer una necesidad pública. En su primera fase (pre-comercial), la asociación se equipara a una contratación pre-comercial de grado mínimo, puesto que la tecnología buscada o ya existe -y pretende mejorarse- o es factible desarrollarla con éxito en breve plazo. Pero en su segunda etapa (comercial o contractual) la naturaleza del contrato vendrá determinada por el tipo de producto final requerido por el órgano de contratación (*“suministros, servicios u obras resultantes”*; artículo 31.2).
- 5) La quinta diferencia se encuentra en la imputación subjetiva de riesgos y beneficios a las partes. La contratación pre-comercial busca la creación de nueva tecnología; por ello acoge el principio de reparto de unos y otros entre las partes. A mayor abundamiento, el grueso de los beneficios a corto y medio plazo corresponden al adjudicatario, destacando la titularidad de los derechos de propiedad intelectual e industrial sobre las creaciones. La asociación es una figura intermedia entre los contratos públicos al uso y la contratación pre-comercial. La innovación tecnológica es un medio imprescindible para el objetivo final de la asociación, pero el objetivo es la obtención de nuevos bienes y servicios para el órgano de contratación. Por ello, los beneficios y riesgos pueden asignarse al modo tradicional en la contratación pública o bien ser distribuidos entre la entidad contratante y el adjudicatario, solución que parece más acorde con el carácter y objetivos de la asociación.

6.3.- Desarrollo del procedimiento.

El Considerando 49 de la Directiva presenta a la asociación para la innovación como un “*procedimiento de contratación específico*” respecto de los contratos que estén cubiertos por la norma comunitaria de contratación pública. El artículo 31 establece los trámites principales y se remite en parte a las reglas del procedimiento negociado.

Sin perjuicio de que las prescripciones de la Directiva precisan todavía de un acto de transposición, pueden determinarse las principales reglas de desarrollo del procedimiento que se debe iniciar por el órgano de contratación mediante la publicación de la convocatoria de licitación. La Directiva enfatiza el deber de motivación del procedimiento que incumbe a la autoridad contratante, y que afecta a tres elementos: la necesidad de los productos innovadores; la elección del procedimiento y la participación en el mismo (artículo 31.1, párrafo segundo).

En la documentación de la contratación el poder adjudicador precisará, en primer lugar, “la necesidad de productos, servicios y obra innovadores que no pueda ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios y obras ya disponibles en el mercado”. Debe justificarse tanto el carácter necesario de los bienes o servicios finales, que son el verdadero objeto del procedimiento, como la inexistencia o insuficiencia de soluciones tecnológicas accesibles para la provisión de aquéllos.

No es ocioso insistir una vez más en que la exigencia de contratar una tecnología novedosa deviene de la necesidad de los productos finales, y no viceversa. La precisión en la identificación del objeto del contrato es por ello esencial, en cuanto motivará la decisión del órgano de contratación de acudir a este procedimiento frente al pre-comercial o a los ordinarios. Procederá la contratación pre-comercial si la tecnología necesaria entra en la categoría de los hallazgos, no se ha superado la etapa de investigación básica o por cualquier otra razón el plazo estimado para su obtención es largo o indeterminado.

En el caso de que las soluciones tecnológicas buscadas existan ya en el mercado, y sólo precisan mejoras o adaptaciones simples, no existe motivo para iniciar la larga y compleja tramitación de la asociación para la innovación. Basta con promover un procedimiento de contratación común, por ejemplo, un contrato de suministro de fabricación (artículo 9.3 c) TRLCSP), de suministros para la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o el tratamiento de la

información, sus dispositivos y programas o un contrato de servicios para la adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida (artículo 9.3.b) TRLCSP).

La elección del procedimiento se justifica, cuando de la asociación para la innovación se trata, en la necesidad de la tecnología y de los productos innovadores. Cabe presumir que el órgano de contratación habrá analizado previamente el mercado, en busca de bienes o servicios disponibles que cubran sus necesidades. Sea o no de ese modo, si a la vista de la documentación de la contratación un operador acreditase la existencia de tales bienes o servicios, el órgano deberá retirar la convocatoria y acudir a los procedimientos de contratación ordinarios. El deber de motivación afecta a la descripción de los bienes, obras y servicios innovadores y de las necesidades públicas a satisfacer. Con ello se protege a los operadores económicos que deseen participar en la licitación y, por encima de todo, al procedimiento mismo, de forma que se evite la entrada de empresas manifiestamente carentes de nivel tecnológico para afrontar las diversas fases del procedimiento, en particular, la fase pre-comercial de la asociación.

A la vista de la convocatoria, los operadores económicos dispondrán de un plazo no inferior a treinta días para presentar sus solicitudes de participación, a contar desde la fecha de envío del anuncio de licitación (artículo 31.3). Acompañarán a la solicitud la información que haya solicitado el poder adjudicador para proceder a la selección cualitativa (artículo 31.1). Los criterios de selección, recogidos en el artículo 58 son la habilitación para ejercer la actividad profesional, la solvencia económica y financiera y la capacidad técnica y profesional aunque cabe advertir que la nueva Directiva habilita la admisión de la experiencia de los recursos humanos del licitador como criterio de solvencia técnica y profesional (artículo 58.4y que impone al órgano de contratación que priorice los criterios de selección relativos a la capacidad de los candidatos en el ámbito de la investigación y el desarrollo, así como en lo que se refiere al desarrollo y la aplicación de soluciones innovadoras (artículo 31.3).

Una vez superada la fase de selección, el órgano de contratación enviará a los operadores la invitación para confirmar el interés. De aceptarla, adquieren la condición de candidatos. La invitación puede hacerse a uno o más operadores justificando la decisión adoptada. En este último caso, la asociación se constituye con varios socios, que participarán en las distintas etapas y entre ellos se decidirá el adjudicatario, bien al final del proceso bien tras las sucesivas fases. La importancia

de la invitación a confirmar el interés excede con mucho a una mera llamada a participar en el procedimiento: además de convertir al operador interesado en candidato define el procedimiento en sí y crea la asociación para la innovación. Por ende, es el documento que fija un número máximo y mínimo de candidatos, establece la posible división en etapas, define los criterios de adjudicación, y determina si la adjudicación tendrá lugar con o sin negociación.

La Directiva establece dos restricciones para devenir candidato. Como arriba se indicó, prohíbe participar en el procedimiento a todo operador económico que no haya obtenido la invitación tras la evaluación de la información facilitada (artículo 31.1, párrafo cuarto). La invitación a participar en el procedimiento de la asociación para la innovación, a diferencia del procedimiento negociado, no es inicial, sino posterior a la fase de selección. Así, cualquier operador económico que haya tenido noticia de la convocatoria podrá presentar una solicitud de participación, a la espera de obtener la condición de candidato. No resulta pues de aplicación la doctrina sentada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, en su Informe 33/2009, de 1 de febrero de 2010, conforme al cual, en el procedimiento negociado sin publicidad, el órgano de contratación está obligado a admitir las solicitudes de invitación para presentar ofertas o las propias ofertas, emanadas de licitadores no invitados. No obstante, la Directiva establece para el procedimiento negociado un régimen de solicitud de participación seguida de invitación similar al previsto para la asociación para la innovación (artículo 27.1 y 2). O lo que es lo mismo, supedita el título de candidato a la superación de la fase de selección. En segundo lugar, permite al órgano de contratación limitar el número de candidatos adecuados para ser invitados a participar en el procedimiento (artículo 31.1, párrafo cuarto).

El órgano de contratación advertirá de la limitación del número de candidatos en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés, precisando los criterios o normas objetivas y no discriminatorias a emplear, el número mínimo de candidatos que tengan intención de invitar y, cuando proceda, el número máximo. En la asociación para la innovación, el número mínimo será de tres. Sólo podrá llamarse a un número inferior cuando los candidatos que hayan superado los criterios de selección sean menos de tres. En tal caso, el procedimiento continuará con los candidatos que cuenten con la capacidad exigida. El artículo 65 abre la posibilidad de llamar a un número de candidatos superior al número mínimo; en particular cuando dicho mínimo no sea suficiente para garantizar la competencia real.

A la hora de sustanciar la adjudicación del contrato, el artículo 31.3 se remite a las normas del procedimiento negociado. Salvo que la posibilidad de adjudicar el contrato sin negociación y con arreglo a las ofertas iniciales se hubiese reservado en la convocatoria, en la invitación a confirmar el interés o en otro documento de contratación, el órgano de contratación procederá a negociar con los candidatos las condiciones de la adjudicación (artículo 31.3 ter y 4). La Directiva insiste especialmente en que el órgano de contratación debe garantizar la igualdad de trato entre los candidatos. Ello se traduce en tres actuaciones: proporcionarles información escrita de todo cambio en las especificaciones técnicas u otros documentos del contrato con la antelación suficiente para que presenten sus ofertas modificadas; no revelar información que beneficie a unos competidores respecto de otros; asegurar el respeto a los datos confidenciales proporcionados por cada candidato.

Especial utilidad tiene la posibilidad otorgada al órgano de contratación de acordar en la convocatoria, en la invitación o en otro documento la división del procedimiento en etapas sucesivas. La negociación se efectuará en cada una de ellas en función de los criterios de adjudicación. El resultado probable - y buscado por la norma- es la progresiva reducción de las ofertas, hasta llegar a un número ‘maneable’ al final del procedimiento. En un proceso tan complejo como el estudiado, los documentos arriba citados deberán definir con la mayor exactitud posible la relación de etapas, los criterios de adjudicación empleados en cada una de ellas y las reglas para la evaluación y exclusión de los candidatos.

El riesgo de interposición de recursos por los candidatos expulsados se incrementa en proporción a la complejidad del objeto contractual y al número de fases. Es conveniente que éstas sean homogéneas respecto de los estadios tanto en la fase pre-comercial (idea, desarrollo, maqueta, prototipo) como en la comercial (etapas en la construcción de la obra, plan del suministro y del servicio). En este sentido, el artículo 31.4, dispone que “el poder adjudicador hará que la estructura de la asociación y, en particular, la duración y el valor de las diferentes etapas reflejen el grado de innovación de la solución propuesta y la secuencia de las actividades de investigación y de innovación necesarias para el desarrollo de una solución innovadora aún no disponible en el mercado”. La Directiva hace mención especial a la división en etapas de la fase pre-comercial, pero permite su extensión a la fase contractual. En ambos casos, el no cumplimiento de los objetivos fijados por el órgano de contratación en esa fase supondrá la exclusión de la asociación (artículo 31.2 *in fine*) para esa empresa.

La adjudicación del contrato se hará siguiendo el criterio de la oferta económicamente más ventajosa. Ello supone vedar el uso del otro baremo previsto en el artículo 67 de la Directiva (el coste más bajo), pero no rechazar elementos de juicio asociados al mismo, al ser el coste del producto o servicio esencial para conocer la oferta más ventajosa. Entre los elementos de juicio a considerar destaca el criterio del coste del ciclo de vida. Aunque íntimamente relacionado con el uso de factores medioambientales en la contratación pública, parece muy adecuado acudir a él, pues dichos factores son relevantes en los sectores objeto de compras innovadoras, en los que se acude a nuevas tecnologías cuyo resultado ha de valorarse desde una perspectiva muy amplia.

El valor y la duración de un contrato para la adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes deberán **mantenerse dentro de los límites apropiados, teniendo en cuenta la necesidad de recuperar los costes contraídos**, en concreto los derivados del desarrollo de una solución innovadora, y de conseguirse un beneficio razonable.

7.- Recomendaciones para el diseño de pliegos que tengan por objeto la compra de innovación.

La experiencia que arrojan ya los diversos procedimientos de compra pública de innovación impulsados en los últimos dos años permiten realizar una serie de recomendaciones a tener en cuenta a la hora de elaborar el clausulado de los pliegos de cláusulas administrativas que tengan por objeto la compra de innovación. Partiendo de la aplicación de los principios de la contratación pública que se expresan en el artículo 1 TRLCSP, el objetivo de estas recomendaciones es resaltar los aspectos más importantes relacionados con el procedimiento de adjudicación, base del desarrollo de la ejecución de los contratos.

7.1.- Definición del objeto del contrato: las especificaciones funcionales.

La innovación -y su adquisición- en un procedimiento de adjudicación puede ser promovida desde el primer momento, desde el momento de definir el objeto del contrato. En ese momento juegan un especial papel la configuración de las prescripciones o especificaciones técnicas, que pueden ser definidas bien por referencia a estándares (normas), o en términos de rendimiento o requerimientos funcionales. Y es aquí donde entra en juego una de las características principales de la compra pública de innovación: las especificaciones funcionales: las entidades contratantes deben pensar en el resultado funcional que se desea lograr, y no en términos de una solución técnica específica para lograr satisfacer la necesidad que pretenden cubrir. Se trata, por tanto de plasmar en el pliego no *lo que quieres sino lo que necesitas* (para que cada ofertante pueda plantar una manera diferente de resolver el problema).

Las especificaciones técnicas formuladas en términos de rendimiento o de exigencias funcionales (*performance-based, or functional (or “outcome”) specifications*) se definen como aquéllas que describen la función, objetivo o rendimiento que se pretende alcanzar, en vez de especificar el producto o servicio que es objeto del contrato. En otras palabras, las especificaciones funcionales se centran en las necesidades reales que el contrato busca satisfacer y dejan que el mercado sugiera el mejor camino para su consecución, sin establecer elementos técnicos obligatorios.

En su art. 42.2, la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública permite que las especificaciones técnicas puedan formularse:

a) *en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incluidas las características medioambientales, siempre que los parámetros sean lo suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y a los poderes adjudicadores adjudicar el contrato.*

c) *en términos de rendimiento o de exigencias funcionales según lo mencionado en la letra a), haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad con estos requisitos de rendimiento o exigencias funcionales, a las especificaciones contempladas en la letra b) (normas o estándares técnicos).*

d) mediante referencia a las especificaciones técnicas mencionadas en la letra b) para determinadas características, y mediante referencia al rendimiento o exigencias funcionales mencionados en la letra a) para otras características.

En todo caso, las especificaciones técnicas deben proporcionar a los licitadores una idea clara de lo que la entidad contratante está buscando, así como asegurar que las diferentes ofertas recibidas son comparables, de modo que en esta fase del procedimiento se garantice la leal competencia entre todos los licitadores. Usar la modalidad de especificaciones funcionales exige a la entidad contratante un mayor cuidado a la hora de cumplir ambas exigencias, dado que no se apela a características técnicas, a marcas u orígenes, sino a la función y finalidad de los productos y servicios contratados.

De lo anterior resulta palmario que optar (de forma total o preferente) por un esquema de especificaciones funcionales es particularmente adecuado en las compras públicas de innovación. En primer lugar, porque en unos contratos en los que prima la novedad, se deja en manos de los participantes la definición de qué es “lo nuevo” y cómo conseguirlo, dentro de los límites marcados por los pliegos. La entidad contratante ha de responder a la pregunta “¿Qué debe hacer el producto o servicio innovador?”; los licitadores a la pregunta “¿Cómo debe hacerlo?”

En segundo lugar, la gran libertad para los proveedores y para la entidad contratante favorece en la mayor parte de los casos la participación de más licitadores, al conjurarse dos ‘externalidades negativas’ propias de las especificaciones técnicas detalladas. La primera, no prescindir de ofertas que no responden exactamente a las propiedades o características del producto tal como han sido definidas en los pliegos. La segunda, evitar que el grado de detalle de las especificaciones contribuyan decisivamente a la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia (art. 42.2 Directiva 2014/24). Se reducirá así la posibilidad de una situación de monopolio.

La Directiva 2014/24 refuerza el papel de las especificaciones funcionales en el ámbito de las compras innovadoras. Concretamente, impone su uso en el procedimiento conocido como **asociación para la innovación**, al lado de las especificaciones técnicas más convencionales. Y exige, además, que en la redacción de las especificaciones se llegue a un grado de detalle suficiente para que los posibles interesados conozcan suficientemente el producto o servicio innovador buscado y decidan sobre la presentación de una oferta. Así, el artículo 31.1º de la Directiva establece que:

“En los pliegos de la contratación, el poder adjudicador determinará cuál es la necesidad de un producto, servicio u obra innovadores que no puede ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado. Indicará asimismo qué elementos de la descripción constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todos los licitadores. La información facilitada será lo suficientemente precisa como para que los operadores económicos puedan identificar la naturaleza y el ámbito de la solución requerida y decidir si solicitan participar en el procedimiento”

Podemos señalar algunos ejemplos de especificaciones funcionales:

Especificación técnica	Especificación funcional
Sustitución de caldera de gasoil que proporciona una capacidad de calentamiento de X.	Sistema de calefacción diseñado para calentar Sala X a una temperatura de X por X horas por día, y de habitaciones Y a una temperatura de Y para y horas por día, con un consumo de energía primaria de Z.
Iluminación de vías urbanas con sistemas de iluminación de tipo AAA o equivalente	Iluminación de vías urbanas con sistemas de iluminación capaces de reducir hasta el 70% de consumo eléctrico manteniendo un poder lumínico equivalente a sistemas AAA (<i>modelo mixto especificación técnica y funcional</i>)
Suministro y mantenimiento de XXX equipos de diálisis con XXX requisitos técnicos.	El hospital precisa realizar XXX prácticas de diálisis diarias con las características XXX y XXX durante XXX horas al día. <i>o bien,</i> El número de prácticas de diálisis diarias se incrementará un XXX% ; la duración de cada una se reducirá al menos un XXX% y el número de pacientes aumentará como mínimo un XXX%.

A la hora de elaborar este tipo de especificaciones deben adoptarse los siguientes criterios:

1º. *Especificaciones comprensibles y comparables.* En primer lugar, las especificaciones funcionales en general y, las relativas a los elementos específicos de compra innovadora, en particular, deben ser perfectamente inteligibles y comparables. Para ello, han de definirse en términos tales que el mercado -

representado por los interesados en participar en el procedimiento de compra innovadora- identifique sus características y significado. Conviene así emplear indicadores, normas, estándares, tests, etc., que todos los licitadores o candidatos puedan comprender con base a la experiencia obtenida por ellos durante las primeras fases de su participación en el procedimiento.

Ahora bien, la definición de las especificaciones no puede ser tan cerrada que coarte las propuestas innovadoras. Por ello, en su elaboración debe encontrarse el equilibrio necesario entre la precisión (necesaria para garantizar la presentación de proposiciones y la adjudicación del contrato) y la libertad creadora de los licitadores.

2°. *Garantía de neutralidad*. En segundo lugar, los requisitos de rendimiento deben ser concebidos y redactados de forma que en ningún caso prejuzgen el resultado del procedimiento a favor de un licitador concreto. El riesgo de discriminación directa o indirecta entre licitadores es poco probable cuando de especificaciones funcionales se trata, dado que atienden a criterios funcionales y teleológicos, no de técnica, origen o marca del producto o servicio. Sin embargo, podría aparecer cuando se usan criterios técnicos normativos o estandarizados (normas); por ejemplo, para asegurar la interoperabilidad.

3°. *Prueba de habilidad técnica*. Por último, la entidad contratante debe exigir a los licitadores una prueba adecuada de su solvencia técnica para proporcionar las prestaciones exigidas por cada compra pública innovadora, dado que las soluciones innovadoras exigen habilidades especiales.

Las ventajas que las especificaciones funcionales ofrecen a las compras públicas innovadoras no significan que su adopción sea automática y universal. Antes de decidirse, la entidad contratante debe conocer si su adopción merece la pena o el modelo funcional puede poner en riesgo la presentación de ofertas o la adjudicación del contrato. No todos los proyectos o licitaciones admiten especificaciones basadas en el rendimiento. La entidad contratante debe dar una serie de pasos previos a la decisión sobre el tipo de especificaciones a usar. Aunque cada caso exigirá una reflexión particularizada de la entidad contratante, se propone el siguiente esquema:

1°.- Conocimiento de la estructura organizativa de la entidad contratante y de sus necesidades de compra

La entidad contratante debe preguntarse, por ejemplo: ¿cuál es la situación que precisa su actuación?; ¿la solución a dicho problema exige acudir a la contratación pública o puede actuarse de otro modo?. En el primer caso, ¿es una

contratación nueva para la organización?; ¿se trata de una compra ‘ordinaria’ o reúne los parámetros para integrarla en la categoría de compra pública de tecnología innovadora o pre-comercial?. De ser así, ¿posee la entidad contratante capacidad, experiencia y recursos para llevarla a cabo?; ¿puede hacerlo por sí solo o debe acudir a la contratación conjunta?

De pronunciarse a favor de la compra pública innovadora, compete ahora a la entidad contratante considerar el modelo de especificaciones preferibles para el caso, atendiendo al ‘catálogo’ ofrecido por el artículo 42 de la Directiva 2014/24. En concreto, optará por especificaciones técnicas, funcionales o por un modelo mixto atendiendo, fundamentalmente, a los criterios siguientes: favorecer la mayor concurrencia de licitadores, de forma no discriminatoria y asegurando la neutralidad tecnológica. Atenderá también al grado de innovación que desea conferir al contrato y a la mayor eficiencia en la adjudicación.

2º. Análisis funcional de las necesidades de la entidad contratante

Como señalamos arriba, cuando se trata de compras públicas innovadoras la entidad contratante piensa en términos del resultado funcional que satisfará sus necesidades, no de una solución técnica concreta a través de la cual se logrará dicho resultado. El procedimiento innovador deja al mercado la labor de encontrar la mejor solución. Por ello, la primera labor de una entidad contratante a la hora de inclinarse por un esquema de especificaciones en términos de rendimientos (puras o mixtas) es el análisis de sus necesidades funcionales. Esta labor no se realiza una única vez; deberá ser repetida en la medida en la que a la entidad contratante obtenga mejor información acerca de lo que es técnica y financieramente factible y como debe expresar sus necesidades para la más completa información de los licitadores.

El análisis funcional se hace partiendo de una lista de parámetros o elementos clave que identifican las necesidades²⁴. De forma convencional, tales parámetros pueden clasificarse, como mínimo en: datos financieros internos, datos cualitativos internos y análisis del mercado.

1º. *Datos financieros internos. Ciclo de vida completo.* Los datos financieros básicos para los nuevos proyectos, bienes de inversión y compras se conocen por lo general a partir del presupuesto anual. Pero la obtención de más datos en

²⁴ Ver a este respecto la Norma AENOR UNE-EN 16271:2013

profundidad es, sin duda recomendable. Al recolectar los datos deberán buscarse no sólo en los costes directos de compra, sino también en los costes totales en términos de vida útil, desde las fases previas a la utilización (suministro, almacenamiento, etc.) pasando por la fase de uso (el consumo de energía, cargos de residuos), hasta las etapas posteriores (mantenimiento en condiciones operativas, puesta al día y fin de vida).

2°. *Datos cualitativos internos.* Saber el objetivo, finalidad y función del bien o servicio objeto de la compra innovadora es la clave de bóveda de las especificaciones funcionales. La entidad contratante puede acudir a muy diversos métodos para conocer el producto. Pero en esencia se reducen a dos: consultas dentro de la organización y análisis del mercado.

3°. *Análisis del mercado.* Sería imprudente que una entidad contratante se plantease instar una compra pública innovadora sin antes examinar el mercado para conocer -aún de forma esquemática- el producto o servicio que precisa, las empresas que podrían proporcionárselo y las experiencias previas de compra. La investigación del mercado de referencia es en ocasiones una tarea compleja y lenta, que requiere la aplicación de muy diversas técnicas de análisis (investigación cualitativa, cuantitativa, de campo, de gabinete, etc.) y el consiguiente asesoramiento externo.

Por la propia naturaleza de las compras innovadoras y de las especificaciones funcionales, conviene que el equipo redactor consulte al mercado tanto sobre las necesidades como sobre los requisitos técnicos, financieros y los estándares industriales más apropiados para satisfacerlas. Esto crea un espacio para sugerencias acerca de la formulación de la especificación y da una idea de la eficacia de los criterios relacionados. Por respeto a la normativa de defensa de la competencia, se recomienda realizar las invitaciones de forma que se evite incluso la impresión de discriminaciones, preferencias o suministro de información a unos interesados frente a otros (cabe, por ejemplo, invitar a las organizaciones pertinentes de la industria o a una [plataforma tecnológica](#), en lugar de las empresas en particular).

El diálogo sobre las especificaciones funcionales es también una forma de poner en conocimiento de los interesados aspectos sociales y medioambientales que la entidad contratante considera imprescindibles, en el marco de la contratación pública estratégica. Será necesario además tener clara la información básica sobre el rendimiento de su producto actual a mejorar o del producto futuro a incorporar. Tener esta información también puede ayudar a comunicar los beneficios potenciales

de sus acciones dentro de su organización para asegurar el apoyo a la contratación innovadora.

3°. Plasmación de las especificaciones funcionales (o expresión funcional de las necesidades)

La información obtenida en la fase previa debe ser organizada de forma que permita definir y diseñar el producto, servicio o investigación objeto del contrato de forma que garantice la exacta y eficiente satisfacción de las necesidades de la entidad contratante.

Deberán describirse en la medida de lo posible ciertos elementos, entre los que citamos (a título ejemplificativo):

- a) Las necesidades a satisfacer por el producto innovador: la especificación inicial dada al proveedor debe ser básicamente funcional, en el sentido de que describa lo que el sistema debe ser capaz de hacer, y no en los detalles técnicos de cómo el sistema debería hacerlo. La pregunta inicial hecha al licitador se resume en la siguiente pregunta fue formulado como una pregunta: “¿Es usted capaz de hacer esto?”
- b) Los pasos o etapas previstas para el desarrollo del producto innovador. En la contratación pre-comercial el desarrollo de las especificaciones en cada una de las fases pre-comerciales es imprescindible para la obtención final de la idea o tecnología y para el futuro éxito de la contratación comercial
- c) Un esquema de las soluciones que el proveedor pueda ofrecer a las necesidades planteadas (una guía mínima para que el licitador pueda ajustar su solución a las necesidades públicas, pero que no lo coarte a la hora de ofrecer sus alternativas). En este punto regirá especialmente el principio de neutralidad tecnológica
- d) La mejora que se espera del producto innovador respecto equivalentes que ya existan en el mercado (ventaja competitiva)
- e) La descripción del ciclo total de vida del producto: compra, mantenimiento y desguace
- f) La posibilidad de incorporar variaciones en términos de rendimiento (variantes funcionales)
- g) El uso que se realizará por el proveedor y por el cliente público;

- h) Un marco límite de soluciones que puedan ofrecer los licitadores, con el fin de que no propongan alguna que se halle fuera de los ejes estratégicos principales del cliente público
- i) Las interacciones entre el cliente público y el proveedor tanto durante el procedimiento como durante el ciclo de vida del producto (funciones y responsabilidades), por ejemplo, las consultas recíprocas sobre el desarrollo del procedimiento o sobre las soluciones requeridas y ofrecidas; o consultas y asesoramiento sobre todas las posibilidades de uso del producto o tecnología y sobre su funcionamiento..

En el caso de que se diseñe un procedimiento contractual dividido en fases (por ejemplo, en la contratación pre-comercial), se concretarán las especificaciones funcionales correspondientes a cada una de ellas.

La información responderá a los principios de transparencia y no discriminación entre los posibles interesados. Se recogerá de forma bastante para que cualquiera de ellos funde en dichos datos para presentar una proposición admisible y competitiva.

7.2.- Definición del objeto del contrato: la admisibilidad de variantes.

A la hora de licitar un contrato, las entidades contratantes fijan en los pliegos un objeto, una solución técnica, que es la que da respuesta a sus necesidades. Pero en ocasiones, la satisfacción de esas necesidades, la búsqueda del *óptimo contractual* exige que se pueda admitir la posibilidad de que los particulares puedan participar en la definición del objeto del contrato, planteando sugerencias o alternativas. Así sucede en el caso de que se admita la presentación de variantes en un procedimiento, que suponen la modificación de los elementos y/o las condiciones que configuran el objeto del contrato, sin que éste llegue a desnaturalizarse. En definitiva, las variantes suponen la realización de una prestación cualitativamente *equivalente* a la que es objeto de licitación.

Para admitir la presentación de variantes, las entidades contratantes tienen que elaborar primero una definición estándar del objeto del contrato que cubra las exigencias mínimas. Es después cuando pueden admitir la presentación de una o más variantes, estableciendo definiciones alternativas del objeto del contrato, como, por ejemplo, un mayor rendimiento ecológico o la utilización de un determinado proceso de producción no exigido por la definición de base

La presentación de variantes será posible cuando para la adjudicación vayan a tomarse en consideración varios criterios de adjudicación. El órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad, se indique en el anuncio de licitación, y se precise sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación. El Pliego debe contener la «indicación expresa, en su caso, de la autorización de variantes o alternativas, con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas». La exigencia de tales requisitos mencionados tiene su fundamento, en el cumplimiento de los principios que informan la contratación pública y, en particular, los principios de transparencia y no discriminación y de igualdad de trato.

7.3.- Los criterios de adjudicación.

La innovación también puede tomarse en consideración a la hora de definir los criterios de adjudicación. No en vano, la nueva Directiva 2014/24/UE admite expresamente que para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, los poderes adjudicadores puedan tomar en consideración, entre otras, «las características innovadoras» (art. 67.2).

En cualquier caso, resulta imprescindible que estos criterios de adjudicación a través de los cuales se valoren las características innovadoras guarden relación con el objeto del contrato (no con características subjetivas de los licitadores); se encuentren expresamente contemplados en el anuncio de licitación, y que el pliego indique el modo en que serán valoradas, (aspecto este que va más allá de la mera atribución de una ponderación a dicho criterio de mejoras). En relación con esto último, conviene recordar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinó que una entidad contratante, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores. Y ello porque el principio de igualdad de trato comporta también una obligación de transparencia y, dicha obligación, «exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en

consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa a los mismos»²⁵.

La valoración de la innovación exigirá tomar en consideración criterios distintos del precio. Resulta incompatible con la valoración de la innovación atribuir al precio una ponderación excesivamente amplia, puesto que, normalmente, las soluciones innovadoras pueden resultar más caras si atendemos al precio (que no implica que su coste sea mayor, por ejemplo, si la solución requiere un menor mantenimiento, o su vida útil es mayor). Por tanto, más que el precio (o junto a él), en las compras de innovación se deberá considerar no solo los costes actuales sino el conjunto de los costes del ciclo de vida del objeto del contrato, que incluye los costes de adquisición, los de mantenimiento y disposición sobre los productos o servicios, además de otros aspectos importantes tales como la calidad y el mérito técnico de la oferta. De esta manera resultará posible adjudicar la combinación óptima del conjunto de costes del ciclo de vida y las consideraciones de calidad, con relación al precio. Se trata en definitiva de dar más valor en términos relativos a los aspectos innovadoras frente al precio. Las diferencias en el alza de precios resultarían en cualquier caso compensadas con mejoras que reportarían las soluciones innovadoras que accedieran al contrato.

A título ejemplificativo, se citarán alguno de los criterios de adjudicación que podrían utilizarse para la valoración de la innovación (con el debido desarrollo en cuanto a la forma en que se valorarían) podrían ser:

- Contenidos de I+D en la ejecución del contrato que aporten mayor calidad al objeto de la prestación.
- Plazo de ejecución. De utilizarse, este criterio debería ponerse en relación con el anterior (contenidos de I+D), ya que un mayor contenido de I+D necesitaría de mayores plazos de ejecución. Lo que habría que valorar, por tanto, sería la proporcionalidad entre contenidos de I+D y el plazo para su desarrollo
- Volumen o porcentaje del precio del contrato que se destina a desarrollo del producto o servicio.

²⁵ Sentencia de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupulis y Sentencia de 16 de septiembre de 2013, Comisión/Reino de España.

- Capacidad de la innovación propuesta para producir una mejora en la prestación de un servicio público concreto.
- Mayor ahorro energético futuro derivado de la solución de innovación.
- Mejora en el medioambiente (uso de materias primas, uso de agua, emisiones, residuos, reciclabilidad, etc.) como consecuencia directa de la solución de innovación
- Reducción de costes de mantenimiento, reposición, eliminación u otros, teniendo en cuenta el coste del ciclo de vida completo del producto.
- Se puede valorar también aquellas propuestas que se oferten el desarrollo de actividades de I+D en colaboración con otros operadores económicos, como Universidades y Centros Tecnológicos.

Especial atención debe prestarse a la configuración del criterio de adjudicación relativo a las «mejoras», bien distinto del de admisión de variantes ya explicado, puesto que es uno de los que, con mayor frecuencia, se utiliza para canalizar la actividad innovadora de los licitadores. Bajo sanción de nulidad del criterio de adjudicación (y consiguientemente de todo el Pliego) en el anuncio de licitación se deberá precisar «sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada» la presentación de mejoras técnicas innovadoras, referidas siempre las distintas características técnicas o funcionalidades de un producto o servicio. La necesidad de que los licitadores concurren en condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar implica que, en el caso de admitir la presentación de mejoras, haya de advertirse sobre qué elementos de las ofertas pueden versar, y cuáles son sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre el que son admitidas.

7.4.- EL principio de confidencialidad.

Uno de los principios generales de la contratación pública que adquiere especial relevancia en el marco de la CPI es el de confidencialidad. Esto obedece a que el objeto de este tipo de contratos está directamente relacionado con el desarrollo de tecnologías, soluciones innovadoras y *know how* por parte de las empresas que participan en los procedimientos, que es la materia directamente protegida por la legislación de secretos comerciales y, por tanto, la genuinamente amparada por la confidencialidad. Este mayor protagonismo de la confidencialidad no

empaña la relevancia del principio de transparencia que, como principio general de la contratación pública, también ha de respetarse en los contratos de CPI.

Ocorre, no obstante, que en los contratos de CPI es especialmente relevante velar por una gestión cuidadosa de la confidencialidad en distintos momentos, entre los que cabe destacar los siguientes:

a) Deber general de confidencialidad de las entidades contratantes que ampara el carácter secreto de las proposiciones antes de su apertura

La relación entre las entidades contratantes y los operadores económicos que participan en los procedimientos contractuales es una relación de confianza que exige que éstos segundos puedan solicitar la participación en un procedimiento contractual y presentar una oferta sin miedo a que se esto se conozca antes de tiempo por terceros y que tal divulgación pueda perjudicar a dichos operadores.

La primera manifestación de la confidencialidad implica que la identidad de quienes presentan una solicitud para participar en un procedimiento contractual así como el contenido de las propuestas que presentan ha de ser confidencial hasta que expire el plazo previsto para responder a la convocatoria y se lleve a cabo el acto de apertura pública de las presentadas.

En este *interim* las entidades contratantes tienen la obligación de velar por que en todas las comunicaciones, intercambios y almacenamiento de información que se produzcan entre ellas y los operadores económicos se preserve la integridad de los datos y su confidencialidad. Esto puede ser más complejo cuando se emplean instrumentos electrónicos para la recepción de solicitudes de participación de ofertas, etc., por lo que se recomienda el uso de firmas electrónicas, en especial, de firmas electrónicas avanzadas.

b) Deber general de las entidades contratantes que ampara la confidencialidad respecto de la información que les faciliten los participantes a raíz de los contactos que mantengan con ellos cuando los procedimientos de adjudicación contractual los permitan

La obligación de confidencialidad que pesa sobre las entidades contratantes alcanza a parte de la información que obtienen a resultas de los contactos que en ciertos procedimientos pueden mantener con los participantes con carácter previo a la definición de su objeto o su adjudicación y que en buena medida servirán para definir el que finalmente será el objeto del contrato. Aunque las entidades

contratantes deben proporcionar la misma información a todos los operadores durante cuando tienen con ellos diálogos técnicos en orden a garantizar el principio de igualdad de trato entre ellos, la información sensible aportada por éstos podría quedar amparada por la confidencialidad.

La divulgación de la información que se obtenga en este estadio podría claramente falsear la competencia en relación con el mismo procedimiento de adjudicación en curso o incluso en procedimientos de adjudicación ulteriores. Esta obligación se exceptúa si existe consentimiento o acuerdo por parte del operador económico afectado. El consentimiento no podrá adoptar la forma de una renuncia o autorización general, sino que deberá referirse a la comunicación intencionada de información específica. Como ejemplo de estas autorizaciones pueden citarse las incluidas algunos los proyectos Innovasaude y H2050 desarrollados por el Servicio Gallego de Salud (SERGAS). Puesto que se lanzaba una consulta al mercado para escuchar propuestas en respuesta a una serie de retos lanzados por el propio SERGAS, resultaba necesario utilizar la información proporcionada en esas propuestas para configurar posteriormente la licitación. En atención a esto, se incluía en el documento una cláusula que debían firmar los participantes, en esencia, con el siguiente tenor: *“se autoriza a la entidad contratante al uso de los contenidos de las propuestas presentadas por Este uso se limitará exclusivamente a la posible inclusión de los contenidos en el proceso de definición de los subproyectos, que se concretará en los pliegos de los distintos procedimientos de contratación que se tramiten en el marco de los proyectos y ..., bajo la fórmula de Compra Pública Innovadora”*.

c) Alcance del derecho de los licitadores a declarar la confidencialidad de parte de sus ofertas

En ocasiones, cuando un licitador presenta una oferta a una entidad contratante, le está suministrando datos que tienen que ver con su propio ámbito de negocio, con el secreto comercial, pone en su conocimiento cuestiones que este licitador, no quisiera conociesen otros licitadores, sus potenciales competidores. Por eso, se recomienda perfilar bien hasta qué punto llega el derecho de unos licitadores a conocer ciertas características de las ofertas presentadas por otros.

La legislación de contratos reconoce el derecho de los licitadores a que las entidades contratantes no divulguen la información éstos hayan designado como confidencial en sus ofertas. No puede entenderse que los licitadores gozan de total

libertad para declarar confidenciales cualesquiera aspectos de sus proposiciones y que tal declaración debería ser respetada por la entidad contratante. Tal interpretación atentaría contra el respecto al principio de transparencia en la adjudicación y podría estar incurso en fraude de ley (Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón).

En este sentido, se recomienda incluir en los pliegos una cláusula en la que se recuerde a los participantes que, en su caso, deben identificar los elementos de sus propuestas que consideran amparados por la confidencialidad, recordándoles que la confidencialidad únicamente puede alcanzar a aquellos documentos, datos o información de las propuestas amparados por el secreto comercial y cuya su difusión a terceros pueda ser contraria a los intereses comerciales legítimos de quien la presenta y, por ello, perjudicar la leal competencia entre las empresas del sector o bien estén comprendidas en las prohibiciones establecidas en la Ley de Protección de datos de Carácter Personal.

d) Confidencialidad y suficiente motivación de las decisiones de adjudicación.

Aunque las entidades contratantes tienen la obligación de notificar a todos los candidatos o licitadores cuyas solicitudes son rechazadas las razones en las que se basa la decisión y a todos los licitadores que hayan presentado ofertas admitidas y lo soliciten por escrito las características y ventajas de la oferta seleccionada y el nombre del adjudicatario final, la jurisprudencia comunitaria ha establecido ciertas matizaciones. Están compelidas a facilitar a los licitadores rechazados los motivos del rechazo de su oferta, pero esta obligación no implica, primero, que hayan de suministrarles un resumen detallado de cómo fue evaluado cada detalle de su oferta ni, segundo, que tengan derecho a exigir un análisis comparativo detallado entre la oferta seleccionada y las rechazadas. Más aún, la entidad contratante ni tan siquiera está obligada a proporcionar a los licitadores que lo soliciten por escrito una copia completa del informe de evaluación de las distintas ofertas presentadas.

Es conveniente que se incluya en la notificación de la adjudicación un recordatorio indicando que, de acuerdo con el artículo 153 TRLCSP, la entidad contratante no comunicará los datos relativos a la adjudicación que justificadamente considere información confidencial cuya divulgación podría perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas.

e) Confidencialidad vs. derecho de acceso a los expedientes de contratación

El principio de transparencia se puede traducir en el reconocimiento a los licitadores -y más ampliamente a quienes puedan acreditar la existencia de un derecho o interés legítimo-, del derecho de acceso a los documentos que forman parte del expediente de contratación. Sin embargo, el alcance de este derecho está constreñido por las limitaciones que impone la obligación de confidencialidad.

Desde el punto de vista de la legitimación, el acceso al expediente debe reconocerse no sólo a los que han participado en la licitación, sino también a otras personas que acrediten ser titulares de derechos o intereses legítimos que sean perjudicados o puedan resultar afectados.

Para ejercer el derecho de vista del expediente los legitimados interesados deberán solicitarlo previamente y concretar los documentos que quieren examinar. Será posible tomar notas pero no se entregará copia de lo presentado por los otros licitadores. Previamente la entidad contratante deberá identificar y retirar los documentos declarados confidenciales en los términos exigidos en el Pliego, a los que no podrá autorizarse el acceso. En todo caso, la entidad contratante debe permitir el acceso a toda aquella información que no teniendo carácter confidencial haya sido aportada por cualesquiera de los participantes en el procedimiento contractual, no solo a la aportada por el adjudicatario.

f) La confidencialidad debida por el contratista y sus colaboradores

Cuando la entidad contratante entienda necesario exigir a quienes participan en un proceso de compra pre-comercial y a los contratista y a sus colaboradores en la compra pública de tecnología innovadora cierto grado de confidencialidad, es recomendable incluir una cláusula contractual en la que se indique que estos operadores y sus colaboradores, ej: los subcontratistas, se obligan a tratar con la más estricta confidencialidad cualesquiera hechos, informaciones, documentos y otros elementos que conozcan con motivo de la ejecución del contrato siempre que así lo acuerde la entidad contratante.

En orden a cumplir con la anterior obligación, se recomienda incluir en los pliegos una referencia a que los participantes en alguna fase de una compra pre-comercial o el contratista debe informar convenientemente a sus empleados de la obligación de no hacer públicos, ceder o enajenar cuantos datos e informaciones conozcan a resultas del cumplimiento del contrato. Incluso puede ser conveniente que obtenga de aquellos de sus trabajadores vinculados con la ejecución del contrato así

como de los subcontratistas un compromiso en el que declaren que respetarán la confidencialidad de cualquier información que conozcan y esté vinculada, directa o indirectamente, a la ejecución de las tareas.

Es recomendable, en estos casos, incluir una cláusula en el contrato exigiendo que el contratista no pueda conservar copia de los documentos o información obtenida al hilo de la ejecución del contrato y que, en todo caso, no puede utilizarla para cualquier finalidad distinta de la ejecución del contrato advirtiéndole que, de lo contrario, incurriría en las responsabilidades previstas en la legislación vigente.

Esta obligación del contratista y sus colaboradores no desaparece con la finalización de la relación contractual sino que puede seguir vinculado a ella una vez ésta haya concluido, si bien en este caso los pliegos o los contratos deben incluir, necesariamente, la extensión objetiva y temporal del deber de confidencialidad que, en su caso, se imponga al contratista.

La inclusión de esta cláusula no se recomienda con carácter general, sino tras el análisis de su oportunidad.

7.5.- El apoyo financiero a la compra pública de innovación.

Existen varios tipos de apoyo a nivel financiero al que los compradores públicos españoles pueden optar. Por un lado, a nivel nacional, están los programas INNODEMANDA e INNOCOMPRA. Por otro, a nivel europeo el programa Horizonte 2020 subvenciona iniciativas conjuntas relativas a la compra pública de innovación. En las estrategias regionales de desarrollo inteligente recientemente aprobadas por Bruselas para la ejecución de los Fondos Feder 2014/2020 en el programa operativo Crecimiento Inteligente, varias CCAA han reflejado también reserva de partidas para el instrumento de la CPI.

El programa INNODEMANDA financia las actividades de I+D asociadas a una licitación pública. En la página web del Ministerio de Economía y Competitividad, y bajo la denominación de [Fondos de Fomento de la Innovación desde la Demanda](#) (Fondos FID), se regulan los requisitos y procedimientos para acceder a esta financiación.

Tal y como explica CDTI (entidad gestora de este programa) en su página web²⁶, el programa INNODEMANDA es un instrumento de financiación de apoyo a la oferta tecnológica que concurre a procesos de compra pública de innovación. Se podrá financiar a las empresas el coste de la innovación tecnológica requerida en una licitación pública, de tal manera que la entidad contratante dispondrá de ofertas más competitivas y se facilitará una mayor presencia de productos y servicios innovadores en la Administración. El funcionamiento del programa INNODEMANDA se basa en una sincronización de los tiempos planificados para una determinada licitación pública con los tiempos de solicitud, evaluación y resolución en CDTI del proyecto de I+D que se necesita desarrollar para ofertar en tal licitación. Para ello, la entidad contratante y el CDTI deben formalizar el denominado Protocolo de Adhesión, en el que se especificarán entre otros los hitos más significativos previstos en la licitación así como los plazos de actuación, condiciones y normativa aplicable para la financiación de las actividades de I+D por CDTI. Posteriormente, en la documentación de la licitación, el órgano de contratación deberá indicar que las actividades de I+D asociadas a la contratación podrán ser financiadas por una entidad financiadora, como puede ser CDTI. La presentación de la solicitud de ayuda a CDTI por parte de las empresas deberá realizarse tras la publicación del anuncio de licitación. CDTI evaluará la propuesta a través de un procedimiento acelerado habilitado al efecto y acordará, en su caso, la concesión de la ayuda correspondiente, de conformidad con sus procedimientos y normas internas. La decisión de CDTI se comunicará a las empresas antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas a la licitación. A continuación, los licitadores presentarán sus ofertas ante el órgano de contratación, pudiendo hacerla más competitiva en caso de contar con la ayuda que CDTI pueda haberle concedido. Con independencia del resultado de la adjudicación, los licitadores podrán hacer uso de la financiación de las actividades de I+D en los términos aprobados por el CDTI.

Por otra parte, el programa INNOCOMPRA es gestionado por el MINECO (Subdirección de Fomento a la Innovación Empresarial) y tiene como finalidad el apoyar a los órganos públicos de las Comunidades Autónomas (tanto las propias consejerías como órganos dependientes que tienen la consideración de «poder adjudicador» a efectos de la Ley de Contratos del Sector Público) para el desarrollo de proyectos innovadores, susceptibles de recibir ayudas de Estado en tal condición y

²⁶ <http://www.cdti.es/index.asp?MP=7&MS=581&MN=3>

que en una parte relevante del mismo puedan generar contratos de compra pública de innovación, cofinanciándolos a cargo del Programa operativo de I+D+i por y para el beneficio de las empresas - Fondo Tecnológico, 2014-2020 de la Unión Europea (Fondos FEDER), de distribución regional.

La colaboración se articula mediante la firma de un convenio entre el Ministerio de Economía y el organismo público que llevará a cabo la CPI, que regulará el importe del anticipo, los plazos de ejecución, la comisión de seguimiento, los objetivos/indicadores de resultado, etc.²⁷.

En el caso de la financiación de la actividad innovadora a los licitadores hay que tener en cuenta que los distintos mecanismos de financiación no pueden suponer en ningún caso un trato preferente a determinados licitadores frente a otros, en contra de los principios de igualdad de trato y no discriminación.

Por último, la Comisión Europea (CE) apoya tanto la creación de redes para el fomento de la CPI e intercambio de buenas prácticas, como la realización de compras conjuntas transfronterizas a ser realizadas por compradores públicos de al menos 3 Estados Miembros (o Asociados).

De forma genérica y a través de las convocatorias de diversas temáticas de Horizonte 2020, la CE subvenciona hasta el 100% de los costes directos (más un 25% en indirectos) asociados a las mencionadas redes, que aparte de formación, intercambio de buenas prácticas o evaluación conjunta de necesidades tienen por objetivo acordar, si se da el caso, una próxima PCP (*Precommercial Procurement*) o PPI (*Public Procurement of Innovative Solutions*) que llevarían a cabo conjuntamente los compradores públicos involucrados en el proyecto.

De la misma manera, también en el marco del Programa Horizonte 2020 la Comisión subvenciona en un 70% ó 20% respectivamente el importe de las licitaciones y costes de gestión asociados de las PCPs o PPIs que de manera conjunta realice un consorcio de compradores públicos.

²⁷ Los convenios para el Fomento de la Innovación Empresarial desde la Demanda (FID) tienen por objeto fomentar la innovación empresarial mediante la demanda de soluciones innovadoras por parte de las administraciones públicas, encaminadas a mejorar tanto los servicios públicos como la competitividad de los diferentes sectores de la actividad económica. Para ello se utilizan unas determinadas partidas del FEDER reservadas al fomento de la I+D+i empresarial, el llamado Fondo Tecnológico (a diferencia del FEDER “normal” que financia infraestructuras).

Las áreas a las que va dirigido este apoyo no están en ninguna manera acotadas o restringidas, si bien es habitual que se financien proyectos de este tipo en el ámbito de sectores en el que la contratación pública es muy relevante: salud (ej. *health ageing*), Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICS; ej. *cloud computing*), transporte, eficiencia energética, etc.

El CDTI proporciona información y orienta a los compradores públicos españoles para participar en estas iniciativas²⁸.

Asimismo la propia UE tiene diversos portales de información.²⁹

7.6.- Gestión de derechos de Propiedad Intelectual e Industrial (DPI)

La compra de productos o servicios innovadores aún no existentes en el mercado debe tener presente los aspectos relativos a la propiedad industrial e intelectual de los mismos. Los derechos de propiedad industrial e intelectual confieren privilegios legales a su titular de cara a su utilización y/o explotación futura cuyas características dependen de la legislación y el instrumento aplicado para la protección de las soluciones innovadoras.

Conviene que los documentos que se utilicen para la licitación del contrato contemplen ya la titularidad y la forma de reparto de los posibles derechos de propiedad industrial e intelectual, cuidando no restringir los derechos de los poderes públicos ni de las empresas adjudicatarias más allá de lo necesario. A continuación se proponen una serie de recomendaciones para distintos tipos de derechos.

En relación con las tecnologías propietarias aportadas por los contratistas, es recomendable que las entidades contratantes formulen los siguientes requerimientos a los adjudicatarios:

- Declaración de tecnologías propietarias a aportar.
- Declaración de las licencias de tecnologías de terceros.

²⁸ <http://www.cdti.es/index.asp?MP=7&MS=682&MN=3>

²⁹ <https://www.innovation-procurement.org> https://procurement-forum.eu/public/http://ec.europa.eu/enterprise/policies/innovation/policy/public-procurement/index_en.htm o http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/index_en.htm

- La concesión, en condiciones razonables, de derechos de uso y de modificación de las tecnologías aportadas por la entidad contratante.
- Compromiso de concesión de derechos de uso y de modificación de tecnologías propietarias aportadas a otras empresas designadas por la entidad contratante para cubrir suministro en circunstancias especiales.
- Voluntad de colaboración para conseguir extensión de las licencias de terceros, a la entidad contratante, en condiciones similares.
- Voluntad de colaboración para conseguir, en circunstancias especiales, extensión de las licencias de uso adquiridas de terceros, a otras empresas designadas por la entidad contratante para suministro.

Por cuanto se refiere a los **nuevos bienes y tecnologías desarrolladas con ocasión de la ejecución del contrato**, salvo casos especiales en los que convenga que la entidad contratante se reserve los DPI de los bienes o derechos exclusivos sobre ellos temporalmente (ej.: evitar la libre circulación en el mercado de ciertos equipos tales como los de defensa), lo ordinario debe ser que los derechos de propiedad los retenga la empresa que desarrolla los bienes y tecnologías. El incentivo para que la empresa innove será que sus expectativas de mercado serán más amplias.

No obstante, en estos casos, resulta recomendable que la entidad contratante incluya en los pliegos una reserva de derechos de uso y de modificación sobre esos nuevos bienes y tecnologías, en las condiciones más favorables, por ser el primer cliente, así como la revisión de condiciones si en el futuro otros clientes consiguen mejores condiciones hasta igualar las mismas. Igualmente debería advertirse en el Pliego la posibilidad de que la entidad contratante pueda acordar la extensión (o cesión) de sus derechos de uso y modificación de los nuevos bienes y tecnologías resultantes a otras empresas en circunstancias especiales (como la no puesta en el mercado en el plazo fijado en el contrato de la solución desarrollada) . Asimismo, el Pliego debería contemplar la posibilidad de que la entidad contratante pueda, por sí misma o a través de terceros, modificar, si le conviene, los nuevos bienes y tecnologías. En el caso de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), debería pactar derechos de modificación garantizando el acceso al código fuente del software.

CONCLUSIONES.-

- 1) La compra pública de innovación **es una estrategia que debe posibilitar un cambio del modelo productivo** sobre criterios no especulativos que pone en valor el conocimiento y su transferencia. **Se mejora la prestación de los servicios y se es más eficiente.**
- 2) La opción de compra pública de innovación, por su complejidad, exige profesionalización de los gestores, con equipos interdisciplinares, así como una adecuada formación. **Debería fomentarse la constitución de centros de conocimientos específicos** en esta materia y la colaboración en el desarrollo de estrategias.
- 3) La compra pública innovadora es **una herramienta de consolidación de una arquitectura institucional de PYMES dedicadas a la innovación.** La asociación por la innovación es una apuesta por “fijar” un modelo de PYMES dinámica y que puede aportar soluciones que, con al innovación, consolidan tejido productivo en condiciones de calidad. Es posible la reserva a PYMES.
- 4) La compra pública innovadora **debe permitir apoyar la difusión internacional de la tecnología española** y consolidar proyectos empresariales de I+D+i y la comercialización, a nivel global, de nuevos productos y servicios innovadores.
- 5) La innovación **no puede servir para obstaculizar, restringir o falsear la competencia ni para conceder ayudas contrarias al artículo 107 TFUE.**