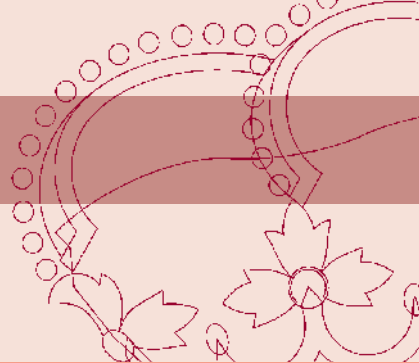


Colección

**ESTUDIOS
Y DOCUMENTOS**



La compra pública de innovación en la contratación del sector público

Manual Práctico

COORDINADOR

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

AUTORES

BABÍO DE PABLOS, LAURA
CARRILLO DONAIRE, JUAN ANTONIO
GÓMEZ GUZMÁN, JUAN CARLOS
MESA VILA, MANUEL
MILLÁN CHACARTEGUI, CARMEN
MONTES WORBOYS, FRANCISCO
TARANCÓN BABÍO, JESÚS



INAP

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN
EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

Manual Práctico

Coordinador

Juan Antonio Carrillo Donaire

Autores

Babío de Pablos, Laura
Carrillo Donaire, Juan Antonio
Gómez Guzmán, Juan Carlos
Mesa Vila, Manuel
Millán Chacartegui, Carmen
Montes Worboys, Francisco
Tarancón Babío, Jesús

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

MADRID, 2019

Colección: ESTUDIOS Y DOCUMENTOS

FICHA CATALOGRÁFICA DEL
CENTRO DE PUBLICACIONES DEL INAP

La COMPRA pública de innovación en la contratación del sector público : manual práctico / coordinador, Juan Antonio Carrillo Donaire ; autores, Babío de Pablos, Laura... [et al.]. – 1ª ed. – Madrid : Instituto Nacional de Administración Pública, 2019. – 174 p. : gráf. ; 24 cm. – (Colección ESTUDIOS Y DOCUMENTOS)

Bibliografía: p. 173-174

ISBN 978-84-7351-671-6 (formato papel). – ISBN 978-84-7351-672-3 (formato electrónico). – NIPO 278-19-002-7 (formato papel). – NIPO 278-19-004-8 (formato electrónico)

1. Administración pública-España-Manuales. 2. Contratos públicos-España-Manuales. I. Babío de Pablos, Laura. II. Carrillo Donaire, Juan Antonio, coord. III. Instituto Nacional de Administración Pública (España). IV. Serie

351.712.2(460):005.591.1(035)

Primera edición: marzo 2019

Catálogo general de publicaciones oficiales:

<http://publicacionesoficiales.boe.es>

La actividad editorial del Instituto Nacional de Administración pública está reconocida por Scholarly Publishers Indicators in Humanities and Social Sciences (SPI) en las disciplinas de Ciencias Políticas y Derecho. El listado SPI es aceptado como listado de referencia por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA), por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora CNEAI y por la ANEP (Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva).

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal).

Edita:

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

www.inap.es

ISBN: 978-84-7351-671-6 (formato papel). – ISBN: 978-84-7351-672-3 (formato electrónico)

NIPO: 278-19-002-7 (formato papel). – NIPO 278-19-004-8 (formato electrónico)

Depósito Legal: M-10168-2019

Preimpresión: Dagaz Gráfica, s.l.u.

Impresión: SAFEKAT

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública.

ÍNDICE

Presentación.	11
Capítulo I. Concepto, sentido, objetivos y perspectivas de la compra pública de innovación	15
1. La compra pública de innovación.	15
1.1. ¿Qué es la compra pública de innovación?	15
1.2. Las políticas activas de innovación: ámbito internacional, europeo y español.	20
1.2.1. Ámbito internacional.	20
1.2.2. Ámbito europeo.	22
1.2.3. Ámbito nacional	24
1.3. La compra pública de innovación en las Directivas europeas sobre contratación pública: la contratación pública como política sustantiva al servicio de las políticas de I+D+i	26
1.4. Oportunidades y ventajas de la compra pública de innovación	28
2. Modalidades de la compra pública de innovación.	30
2.1. La compra pública pre-comercial	30
2.1.1. Marco jurídico.	30
2.1.2. Características	33
2.2. La compra pública de tecnología innovadora	34
2.2.1. Marco jurídico y procedimental	34
2.3. Consideraciones jurídicas comunes para las modalidades de CPI que requieren un tratamiento diferenciado de determinados principios de la contratación pública	36

2.3.1. El problema de la confidencialidad en torno a la I+D+i.	37
2.3.2. El reparto de beneficios y riesgos en los contratos de CPI	41
Capítulo II. Fases de las licitaciones de compra pública de tecnología innovadora	49
Introducción	49
1. Fase preliminar	50
1.1. Consultas preliminares al mercado	52
1.2. Mapas de demanda temprana.	57
2. Preparación de licitaciones de CPTI.	58
2.1. Aprobación del expediente.	58
2.2. La elección del procedimiento de adjudicación	59
2.3. Los Pliegos	62
2.4. Delimitación del objeto del contrato	64
2.5. Requisitos de solvencia	65
2.6. Criterios de adjudicación	66
2.7. El tratamiento de la confidencialidad	67
3. En especial, el procedimiento de Asociación para la Innovación	69
3.1. Introducción	69
3.2. La regulación de la Asociación para la Innovación en la cuarta generación de Directivas de contratación pública .	71
3.3. La transposición a la legislación española.	76
3.4. El procedimiento de Asociación para la Innovación en la LCSP.	78
3.4.1. Trabajos previos	79
3.4.2. El procedimiento en sí de licitación.	82
3.4.3. La adquisición de los productos resultantes.	87
Capítulo III. Los aspectos técnicos y económicos de los contratos de compra pública de innovación	89
1. Aspectos técnicos	89
1.1. La importancia de abordar la compra pública de innovación como un proyecto específico que ha de planificarse con gran antelación y conforme a una metodología propia.	89
1.1.1. Planificación del proyecto: definición de estrategia, plan de trabajo e hitos.	90

1.1.2. Elección del equipo de trabajo y asignación de responsabilidades	94
1.2. Análisis del mercado y comunicación con los agentes...	96
1.2.1. Identificación, definición y comunicación adecuada de las necesidades por parte de la Administración Pública (requerimientos funcionales y de rendimiento del producto deseado)	96
1.2.2. Identificación de requisitos no-técnicos del producto	99
1.2.3. Análisis de las soluciones que puede aportar el mercado y su nivel de madurez. Conocimiento del estado del arte de la tecnología	101
1.2.4. Comunicación eficiente y temprana de las necesidades a los agentes del mercado.	103
1.3. Implementación del proyecto.	106
1.3.1. Lanzamiento y seguimiento del proyecto. Detección de desviaciones y acciones correctoras	106
1.3.2. Evaluación del impacto del proyecto	111
1.3.3. Comunicación de resultados	112
1.3.4. Involucración del usuario final de la solución innovadora a lo largo de la vida del proyecto.	112
2. Aspectos económicos de la compra pública innovadora.	113
2.1. Introducción	113
2.2. Principales características económicas diferenciales de la CPI	116
2.2.1. Contrataciones de «libro abierto»	116
2.2.2. Costes reembolsables	119
2.3. Análisis económico del mercado	123
2.4. Procedimientos	125
2.5. Perspectiva económica de la gestión del riesgo derivado del objeto del contrato	128
2.5.1. El riesgo de control interno	129
2.5.2. El riesgo financiero	130
2.6. El precio y su determinación en la CPI.	133
2.7. Licitación de CPI con negociaciones.	136
2.7.1. Influencias externas a la negociación	137
2.7.2. Instalaciones o servicios proporcionados por la entidad pública contratante	138
2.7.3. Elementos de la negociación	138
2.7.4. La confianza en los datos de costes	138

2.7.5. Algunos aspectos concretos del coste en la negociación	140
2.8. Separación de costes recurrentes y no recurrentes	140
2.9. Incentivos por el ahorro de costes	141
2.10. Metodología de cálculo del beneficio	142
2.11. Ofertas con base en los costes y criterio de valoración ..	143
2.11.1. Presentación de ofertas en CPI	143
2.11.2. Criterio de adjudicación en una CPI basado en los costes	144
2.12. Establecimiento del precio cierto definitivo en una CPI. .	147
2.12.1. Procedimiento para determinar el precio definitivo	147
2.12.2. Norma de costes	148
2.12.3. Composición del coste de los contratos de CPI. .	150
2.12.4. Determinación de la admisibilidad	151
2.12.5. Determinación de la razonabilidad	151
2.12.6. Determinación de la afectabilidad o imputabilidad	152
2.13. Cláusula de «auditoría de contratos»	153
Capítulo IV. La financiación pública de la compra pública de tecnología innovadora	159
1. Programas de ayuda a la compra pública de tecnología innovadora	159
1.1. ¿Qué proyectos pueden ser financiados?	161
2. El apoyo financiero a la compra pública de innovación	162
2.1. Horizonte 2020 (H2020)	162
2.2. Estrategia Estatal de Innovación	163
2.3. Estrategia 2020 para el Impulso y Consolidación de la CPI en la Administración Pública de la Junta de Andalucía ..	165
3. Instrumentos de financiación para el modelo de contratación CPI	168
3.1. Convenios Compra Pública Innovadora (FID). Fomento de la Innovación desde la Demanda y de la Compra Pública Innovadora (CPI)	169
3.2. Programa INNODEMANDA	171
Referencias bibliográficas básicas	173

PRESENTACIÓN

La compra pública de innovación (CPI) es una novedosa medida de fomento mediante la que se pretende que las Administraciones Públicas demanden y adquieran productos y servicios que no existen en el mercado, o que existiendo, mejoren a los existentes, para cubrir sus necesidades —presentes o futuras— mediante las soluciones tecnológicas e innovadoras que mejor se ajusten a dichas necesidades en términos de eficiencia y sostenibilidad. A través de esta modalidad de compra pública, que en sí misma no es un procedimiento ni un tipo contractual nuevo, se pretende una doble finalidad: de un lado, fomentar la actividad innovadora e investigadora de las empresas y contratistas desde el plano de la demanda pública —de enorme peso sobre el PIB—, por considerarse la I+D+i un factor estratégico de competitividad en un mundo globalizado; y, de otro lado, mejorar la prestación de los servicios públicos, tanto su calidad como el nivel de satisfacción de la ciudadanía. La contratación pública de innovación o compra pública de tecnología innovadora promueve, así, el desarrollo tecnológico como medio efectivo para obtener productos y servicios innovadores a partir de fórmulas de colaboración público-privada.

Desde esta convicción, y el marco de la estrategia europea «Horizonte 2020», las Directivas de «cuarta generación», y muy particularmente la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, apuesta claramente por la orientación de la contratación pública como fórmula idónea para fomentar la innovación en esos términos. Desde esta perspectiva, la CPI no es sino una manifestación concreta más de que la compra pública ha dejado de ser una actividad adjetiva al desarrollo de políticas sustantivas (que necesitan productos, servicios y obras) para convertirse, en sí misma, en un instrumento de realización de políticas públicas sustantivas.

Para la consecución de estos objetivos, la formulación de las prescripciones del contrato de CPI, el desarrollo de los procedimientos de contratación y la ejecución del propio contrato han de adaptarse a esta nueva forma de comprar

que se basa en unas premisas completamente nuevas, que en buena medida cuestionan los principios clásicos de la contratación: objeto cierto, precio determinado, plazos previsibles de ejecución, riesgo y ventura del empresario..., evolucionando hacia modelos en los que prima la planificación estratégica de la compra a largo plazo, la negociación con el mercado —con carácter anterior incluso a la aprobación de los pliegos— y el reparto de riesgos ante la incertidumbre que, inevitablemente, supone la innovación y la investigación.

La entrada en vigor, el 9 de marzo de 2018, de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP), incorpora un conjunto de novedades, tanto en los procedimientos de contratación como en la consecución de los objetivos contractuales, que brindan una oportunidad a la CPI dentro del esquema nacional de contratos públicos.

La presente obra analiza, desde una perspectiva práctica, hasta qué punto se articula e imbrica el principio colaborativo en los procesos de CPI, en los que Administración se obliga a buscar ideas novedosas mediante la celebración de consultas preliminares al mercado y la elaboración de mapas que agrupen la demanda temprana, siendo clave el cumplimiento a los principios generales de la contratación pública en estas actuaciones previas. Asimismo, se analizan las peculiaridades que requieren las prescripciones técnicas de los Pliegos y la ejecución de las mismas, que suponen adaptar la cultura de la innovación por la vía de las funcionalidades de lo que se pretende comprar, y no de las características técnicas de productos o servicios preexistentes. En la selección del contratista también se prevén fases de definición progresiva del objeto del contrato (pues, en puridad, éste no está definido *ab initio*), y del propio precio; así como de eliminación de ofertas no seleccionadas que, no obstante, pueden ser objeto de retribución parcial si la innovación aportada es considerada o ha representado algún elemento relevante (aunque sea desde la perspectiva de la prueba-error) para la solución final. Finalmente, en la ejecución del contrato tampoco pueden jugar del mismo modo las garantías clásicas de la contratación pública; en particular, las relativas al riesgo y ventura del contratista, al grado de cumplimiento del objeto del contrato, a la confidencialidad de la información o al reparto equitativo de los riesgos y los beneficios entre la Administración adjudicadora y la adjudicataria. La alteración del riesgo y ventura empresarial no sólo consiste en que los contratantes asuman conjuntamente las cargas imprevisibles de la CPI, sino que también incluye la distribución de los beneficios resultantes en base al principio de libertad de pactos. Y todo ello, por la presencia transversal y permanente del elemento capital de la innovación en este tipo de contratos.

En definitiva, el éxito de la CPI reside en el equilibrio de fuerzas, en que las empresas vean a la Administración como el socio más fiable para emprender proyectos innovadores y viceversa. El comprador público, modulando la

idea de prerrogativa, tendrá que posicionarse como un socio dispuesto a negociar cada uno de los aspectos dimanantes de la contratación de innovación. Todos estos factores obligan a un cambio de mentalidad de la Administración y en los gestores públicos a favor de una I+D+i europea realmente competitiva.

Como no puede ser de otro modo, ese cambio de mentalidad no está exento de lógicos miedos y recelos, ni tampoco es ajeno a la idea de riesgo que hoy preside —más que ninguna otra— la actividad de los funcionarios y gestores públicos, en un momento además de notable fortalecimiento de las normas de transparencia, de crecimiento de las medidas anticorrupción y de la emergencia del principio de integridad en la contratación pública. En un contexto donde prima la idea de control no es de extrañar que los gestores públicos se refugien en la confortabilidad de los procedimientos conocidos y de la contratación normalizada del procedimiento abierto que, aunque lleno de garantías y de transparencia, no consigue los niveles de satisfacción y rendimiento deseables cuando se trata de desarrollar nuevas tecnologías aplicadas a productos y servicios realmente innovadores, verdaderamente eficientes y adaptados a las necesidades reales de los intereses generales concernidos en cada acto de compra pública.

Sin embargo, desde la OCDE y la UE se promueve una visión de la CPI como una oportunidad para que el gestor público supere el miedo a las barreras de la innovación, promoviendo la capacitación para aplicar una nueva metodología más flexible, pero acorde a los principios generales de la contratación pública en orden a hacer de la innovación una realidad tangible y un elemento de modernización de la economía.

Esperemos que estas medidas de índole legal, unidas a otras medidas de acompañamiento que habría que adoptar (definir metodologías, formación de técnicos, nuevos instrumentos jurídicos, etc.), puedan hacer real la apuesta firme y decidida de las Administraciones Públicas en general por la compra de mejores productos y servicios, tecnológicamente adecuados a sus necesidades reales y, de paso, contribuir al fortalecimiento de las inversiones en innovación en un mercado, como el nuestro, tan históricamente desincentivado para la inversión a largo plazo y la generación de I+D+i como estrategia de crecimiento y desarrollo.

Finalmente, solo resta señalar que los autores de esta obra son todos profesionales especialistas en contratación pública, además de tener muchos de ellos la condición adicional de profesores universitarios. Pero, a diferencia de lo que sucede en obras de corte más dogmático y académico, los autores de ésta lidian en su día a día profesional con los muchos problemas que se les presentan a los gestores públicos para asumir con garantías los riesgos y dificultades que requiere la gestión de compras en el sector público, asesorando, además, a las entidades que lo integran en el desarrollo de ac-

tividades y estrategias para la paulatina incorporación de la compra de innovación en el ámbito de la contratación pública. Por ello, creemos que este libro puede contribuir a aportar seguridades para emprender ese cambio de mentalidad necesario, que muchos países de nuestro entorno ya han comenzado a recorrer.

Juan Antonio Carrillo Donaire
Coordinador de la obra

CAPÍTULO I

CONCEPTO, SENTIDO, OBJETIVOS Y PERSPECTIVAS DE LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN

Juan Antonio Carrillo Donaire

Profesor asociado de la Universidad de Sevilla. Acreditado a Catedrático de
Derecho Administrativo. Abogado

Jesús Tarancón Babío

Abogado especialista en contratación pública

1. LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN

1.1. ¿Qué es la compra pública de innovación?

El desarrollo explosivo de las tecnologías de la información, la digitalización de la economía y la liberalización de los mercados son algunos de los factores principales de lo que se ha denominado la Cuarta Revolución Industrial¹. Estos fenómenos han trastocado la percepción de la realidad económica y social, provocando que la referencia central sobre la que se asienta el sistema económico mundial mute del paradigma de la búsqueda de estabilidad al de cambio continuo y sostenible. Bajo estos parámetros, el equilibrio es una pretensión dinámica y cambiante, muy alejada de las ideas de seguridad y previsibilidad.

Las nociones de cambio continuo y sostenible son dos importantes vectores de la economía globalizada, siendo la innovación una herramienta clave para la articulación del equilibrio entre ambas.

¹ SCHWAB, K., «The Fourth Industrial Revolution» (2016) y «The Global Competitiveness Report» (2016-2017), *World Economic Forum*, Ginebra.

Los retos globales de la competitividad y productividad mundial, el cambio climático, la contaminación, la pobreza o la exclusión social necesitan de la innovación para procurar mayor estabilidad macroeconómica e institucional, y hacer más eficiente y sostenible las infraestructuras, el tráfico de mercancías y servicios, el mercado laboral, la prestación de servicios básicos a la ciudadanía y racionalizar el crecimiento empresarial.

En una aproximación al significado de innovación, el Manual de Oslo 2005 (3.^a edición), contiene una «Guía para la Recogida e Interpretación de Datos sobre Innovación», elaborada conjuntamente por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la Comisión Europea (Eurostat), que define la innovación como *«la introducción de un nuevo, o significativamente mejorado, producto (bien o servicio), de un proceso, de un nuevo método de comercialización o de un nuevo método organizativo, en las prácticas internas de la empresa, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores»*.

Con esta definición, generalmente aceptada y extendida, el mencionado Manual delimita cuatro ámbitos de innovación: producto, proceso, mercadotecnia y organización. A partir de esa delimitación la OCDE y la Comisión Europea se sirven del criterio tecnológico para distinguir entre innovación de producto y proceso (innovación tecnológica) e innovación de mercadotecnia y organizativa (innovación no tecnológica).

Dentro de la innovación tecnológica, el Manual de Oslo delimita la innovación de producto a *«la introducción de un bien o de un servicio nuevo, o significativamente mejorado, en cuanto a sus características o en cuanto al uso al que se destina. Esta definición incluye la mejora significativa de las características técnicas, de los componentes y los materiales, de la informática integrada, de la facilidad de uso u otras características funcionales»*.

Este concepto de innovación, que ha calado en el Derecho europeo de la contratación pública —como veremos— comprende productos y servicios obtenidos a partir de conocimientos y tecnologías inexistentes hasta el momento, así como también pueden ser resultado de combinaciones de conocimientos y tecnologías ya existentes². Este es el marco conceptual en el que entra en juego la contratación pública como medio idóneo para satisfacer los objetivos propuestos por la OCDE y la Unión Europea en orden a garantizar un desarrollo continuo y sostenible de la realidad económica y social.

² En innegable la influencia de esta definición en el concepto de innovación plasmado, por primera vez, por el art. 2.2 de la Directiva 2014/24/UE, según el cual la compra de innovación consiste en la *«adquisición 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*

En este orden de consideraciones, la compra pública es un importante motor de realización de políticas públicas sustantivas, favorecedoras de determinadas orientaciones del mercado, sin perder de vista el objetivo primario de las Directivas de contratación de mejorar la eficiencia de la política de compras del sector público. Tal y como prevé el artículo 1 de la LCSP, la contratación pública radica en *«una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa»*. En este contexto se inscribe la contratación pública de innovación (CPI) o *public procurement of innovation* (PPI) como una actuación administrativa de fomento del I+D+i orientada a potenciar el desarrollo de nuevos mercados innovadores desde el lado de la demanda a través del instrumento de la contratación pública³. La contratación pública de innovación o compra pública de tecnología innovadora promueve, así, el desarrollo tecnológico como medio efectivo para obtener productos y servicios novedosos y mejor adaptados a las necesidades de la Administración a partir de la colaboración público-privada. En el fondo, es una manifestación concreta más de que la compra pública ha dejado de ser una actividad adjetiva al desarrollo de políticas sustantivas (que necesitan productos, servicios y obras) para convertirse, en sí misma, en una política pública orientada a la satisfacción de objetivos de políticas públicas sustantivas. Desde esta convicción, las Directivas de «cuarta generación», concretamente la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública —por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE—, apuestan por la contratación pública como el instrumento idóneo para fomentar la innovación en determinados ámbitos como el medio ambiente, la eficiencia energética, el empleo, el apoyo a los PYMEs, la salud y la seguridad⁴.

La CPI se ha concebido para animar, de un lado, a los poderes adjudicadores a que demanden soluciones innovadoras mediante la licitación de contratos de I+D y para estimular, de otro lado, al sector privado a que oriente su actividad a la innovación como factor de competitividad.

Ha de dejarse sentado, desde un principio, que la CPI no es un tipo contractual, ni un procedimiento de contratación; sino que, atendiendo a las pre-

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».

³ Subdirección General de Fomento de la Innovación Empresarial, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y Observatorio de Contratación Pública (2015), «Guía 2.0 para la compra pública de innovación», 2015.

⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones (2010), «Iniciativa emblemática de Europa 2020: Unión por la innovación», Bruselas.

visiones de la Directiva 2014/24/UE, sobre las que luego abundaremos, se trata de una estrategia de compra a disposición de las políticas públicas de innovación. Por tanto, cuando hablamos de compra pública de innovación nos estamos refiriendo a una actuación de fomento de la innovación realizada desde el sector público, a través de la contratación administrativa, que persigue mejorar los servicios públicos, impulsar la innovación empresarial e internacionalizar la innovación local⁵.

En este punto es imprescindible considerar la existencia de dos modalidades de CPI que más adelante desarrollaremos: la llamada compra pública pre-comercial y la compra pública de tecnología innovadora.

La compra pública pre-comercial (CPP) o *pre-commercial procurement* (PCP) es un contrato de servicios de I+D en el que el comprador público no se reserva los resultados innovadores para su propio uso en exclusiva, sino en el que comparte con la empresa adjudicataria los riesgos y beneficios derivados del proceso de creación, desarrollo y ejecución de soluciones inexistentes hasta el momento en el mercado⁶. El establecimiento de un régimen compartido de riesgos y beneficios entre los contratantes constituye una de las condiciones esenciales para la celebración de este contrato de servicios de innovación que queda expresamente excluido de la Directiva sobre contratación pública y de la LCSP.

Por su parte, la compra pública de tecnología innovadora (CPTI) o *public procurement of innovative technology* (PPIT) consiste en la contratación de un bien o servicio innovador e inexistente hasta el momento, pero cuyo desarrollo y ejecución puede llevarse a cabo en un período de tiempo razonable. El objeto de esta compra es la adquisición de tecnología nueva o mejorada que ya ha pasado algún proceso previo de I+D. Con dicha adquisición, la Administración Pública se posiciona como un cliente de lanzamiento de aquellos bienes y servicios que, disponiendo de un prototipo o modelo, aún no han alcanzado la fase comercial⁷. A diferencia de la CPP, la CPTI sí queda incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE y de la LCSP, como veremos.

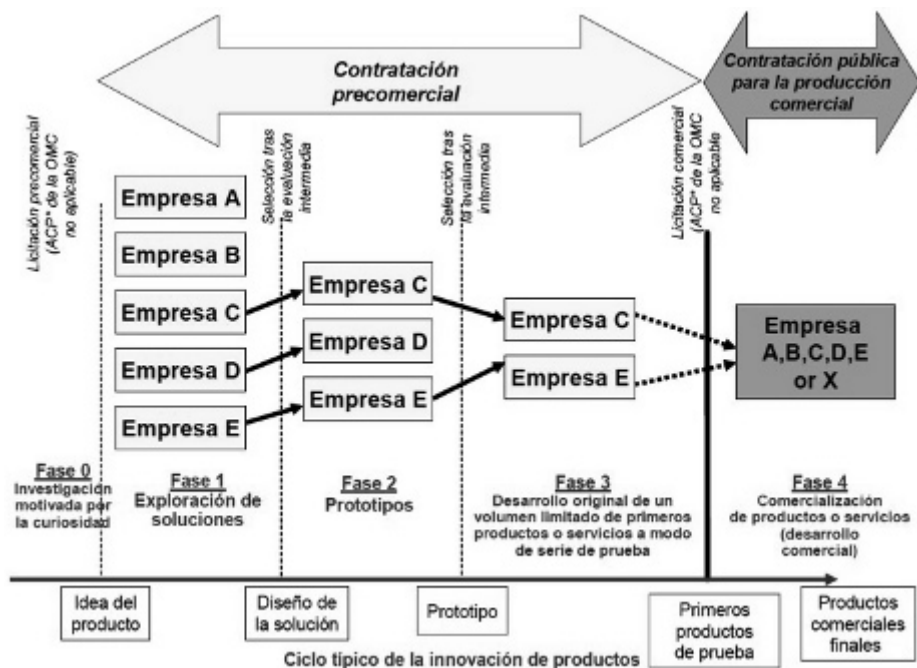
⁵ Subdirección General de Fomento de la Innovación Empresarial, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y Observatorio de Contratación Pública, «Guía 2.0 para la compra pública de innovación», *op. cit.*, pp. 7 y ss.

⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones (2007), «La contratación pre comercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles».

⁷ LÓPEZ MIÑO, A. M. (2013), «La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública», *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi.

El siguiente gráfico, de empleo ampliamente extendido, posiciona ambas modalidades de CPI en razón del grado de desarrollo tecnológico al que nos referimos.

Gráfico 1



Fuente: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «La contratación pre comercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles».

Como comprobaremos a lo largo de este Manual, la diferencia entre una y otra modalidad de compra de innovación tiene un tratamiento diferente desde la perspectiva de la aplicación de la legislación de contratos del sector público, por cuanto la primera de las referidas modalidades, la compra pre comercial, es un contrato excluido de la LCSP (artículo 8).

1.2. Las políticas activas de innovación: ámbito internacional, europeo y español

1.2.1. *Ámbito internacional*

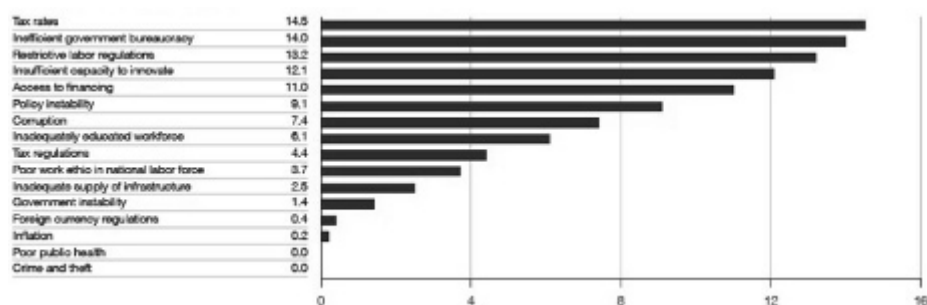
En el contexto económico anteriormente descrito, los gobiernos se sienten proclives a emprender políticas activas de innovación que hagan compatible el crecimiento económico y el desarrollo sostenible. Estas políticas han de concebirse y diseñarse con el objetivo de resolver retos presentes y futuros, por lo que sean conveniente dotarlas de mecanismos de coordinación entre los distintos niveles de la Administración Pública, arbitrando fórmulas estandarizadas de sistemas de colaboración entre el sector público y privado.

Tanto España como la Unión Europea necesitan de políticas activas de innovación que fijen las prioridades esenciales y se ajusten a un modelo de especialización científica, tecnológica y productiva capaz de capitalizar todas aquellas oportunidades que vayan surgiendo a partir de la evolución de nuestras propias capacidades⁸.

Para medir la relación entre la innovación, I+D+i y la contratación pública resultan ilustrativas las estimaciones actuales sobre la posición que ocupa España en el panorama internacional.

La evaluación de la OCDE sobre la innovación española deja a nuestro país en el puesto 38 de un total de 134 países, tras el examen de los siguientes puntos:

Gráfico 2. **Most problematic factors for doing business**



Fuente: World Economic Forum (2016-2017), «Global Competitiveness Index».

⁸ Como expresan los planes de Ministerio de Ciencia e Innovación «Estrategia Española de Ciencia y Tecnología y de Innovación 2013-2020», y su predecesora «Estrategia Estatal de Innovación (E2i)».

Como podemos comprobar, España se encuentra lejos de la cabeza en materia de innovación, con la especial detección por parte de la OCDE de la insuficiente capacidad de innovación como el cuarto mayor problema para impulsar el crecimiento empresarial, por debajo del sistema tributario, la ineficiente gobernanza burocrática y la restrictiva regulación laboral.

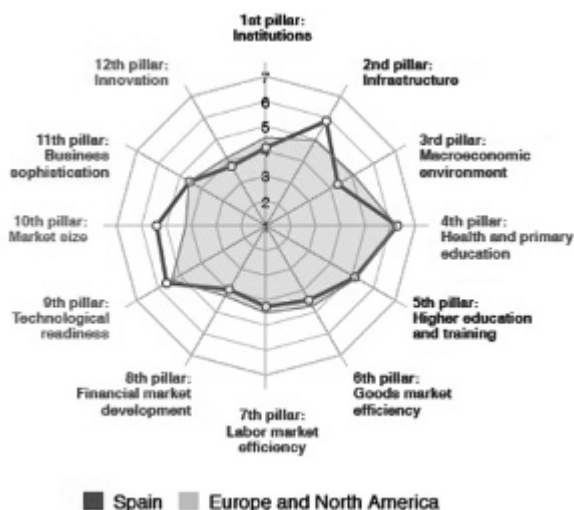
Gráfico 3

12th pillar: Innovation	38	3.8	—
12.01 Capacity for innovation	51	4.3	—
12.02 Quality of scientific research institutions	38	4.5	—
12.03 Company spending on R&D	54	3.5	—
12.04 University-industry collaboration in R&D	57	3.5	—
12.05 Gov't procurement of advanced tech. products	69	3.3	—
12.06 Availability of scientists and engineers	34	4.6	—
12.07 PCT patent applications applications/million pop.	26	37.7	—

Fuente: World Economic Forum (2016-2017), «Global Competitiveness Index».

La persistente existencia de estos problemas, junto a la falta de actuación de la Administración Pública y su compleja coordinación con el sector privado en aras a lograr mejores cotas en innovación, sitúa a nuestro país algo por debajo de la media internacional y europea.

Gráfico 4



Fuente: World Economic Forum (2016-2017), «Global Competitiveness Index».

En lo relativo a la contratación pública, la OCDE estima que el peso medio relativo de esta actividad oscila entre un 13% y un 20% del PIB mundial⁹. Concretamente, en los países desarrollados la contratación pública está por encima del 15% del PIB, situándose en el caso español en el 18,5%, lo que en términos cuantitativos significa un total de 194.000 millones de euros anuales, algo por encima de los 4.000 euros anuales per cápita¹⁰.

A la vista de estos datos no puede sino concluirse que la actividad de contratación es capital, en su carácter puramente instrumental, para el desarrollo de servicios básicos para la ciudadanía. Ciertamente, el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de las Administraciones públicas es un factor determinante en aspectos esenciales de la vida diaria como la sanidad, la educación, la justicia, la seguridad o el transporte. Como correlato de ello, organismos internacionales como la propia OCDE o el Banco Mundial consideran que la integridad en la contratación administrativa es esencial para que los ciudadanos no pierdan la confianza en el sector público¹¹.

Con estas estimaciones, la OCDE se ha propuesto firmemente promover un crecimiento continuado, menos contaminante y más justo, promoviendo la innovación más allá de la ciencia y la tecnología, y extendiendo su aplicación a la educación, el crecimiento empresarial y la creación de empleo. Los propósitos de la OCDE se plasmaron hace tiempo en *«The OECD Innovation Strategy: Getting Start on Tomorrow»* de 2010, donde se describieron las cinco grandes líneas de actuación: desarrollar la capacidad innovadora de las personas mediante la educación y la formación, liberar el potencial innovador, aplicar y financiar adecuadamente la investigación, aplicar la innovación como solución a los retos, presentes y futuros, y perfeccionar las políticas de innovación.

Estas líneas de actuación comprenden, entre otras, a la CPI como instrumento con el que los compradores públicos y los operadores privados podrán obtener resultados de I+D+i conjugando innovación y contratación pública.

1.2.2. *Ámbito europeo*

En el ámbito comunitario, la Unión Europea puso en práctica un Programa Marco sobre las actividades de investigación e innovación para el período 2014-2020, denominado «Estrategia Europea 2020», que se erige como

⁹ OCDE, «Public Procurement for Sustainable and Inclusive Growth. Enabling reform through evidence and peer reviews», París.

¹⁰ CNMC, Informe Núm. 001/15, de 5 de febrero de 2015, «Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia».

¹¹ OCDE, «Principles for Integrity in Public Procurement» (2009), París.

la norma de referencia para las políticas de innovación de los Estados miembros.

Este programa, concebido para impulsar la estrategia «Horizonte 2020» y la iniciativa «Unión por la innovación» favorece un crecimiento inteligente, sostenible e integrador del conjunto de la sociedad europea a partir de tres pilares básicos relativos a abordar los principales retos sociales, promover el liderazgo industrial en Europa y consolidar la excelencia de su base científica¹².

Con un presupuesto total de 77.028 millones de euros y una inversión inicial en I+D+i del 3% del PIB de la Unión Europea, Horizonte 2020 agrupa e impulsa las actividades financiadas por el VII Programa Marco de Investigación y Desarrollo, las acciones de innovación del Programa Marco para la Innovación y la Competitividad y las acciones del Instituto Europeo de Innovación y Tecnología¹³.

La novedad de este programa radica en que integra todas las fases de la investigación y la innovación, desde la generación del conocimiento hasta las labores comerciales contemplando específicamente el apoyo directo a la CPI.

A través de la CPI Europa se propone reducir de forma considerable el vacío y la desconexión —siempre existente— entre los procesos de investigación e innovación y la tecnología y los compradores públicos. Este propósito requiere un profundo estudio sobre el sistema de coordinación de los organismos públicos responsables en materia de contratación pública y los medios de colaboración con los agentes privados, así como el régimen que deberán asumir Administración Pública y empresas para soportar y compartir conjuntamente los riesgos y beneficios derivados de I+D+i. Los análisis más recientes de evaluación de la aplicación de estos objetivos que ha acometido la Comisión Europea muestran que la CPI es todavía en reto deficientemente alcanzado en el mercado europeo de la contratación, pese al esfuerzo inversor de la UE en este campo¹⁴.

Para facilitar la consecución del reto que supone la CPI, Horizonte 2020 financia los proyectos en todas sus fases, desde la investigación al mercado, aplicando un porcentaje único de financiación mediante reembolso de los costes subvencionables, integrados por los costes directos y un tipo fijo del 25% para los costes indirectos. Esta financiación podrá llegar al 100% del total de los costes subvencionables en las actividades de investigación e inno-

¹² <<http://www.eshorizonte2020.es/>>.

¹³ División de Programas de la Unión Europea del CDTI, Ministerio de Economía y Competitividad y Oficina Europea, «Guía del participante Horizonte 2020» (2014), Madrid.

¹⁴ <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/online-consultation-benchmarking-national-innovation-procurement-policy-frameworks>>.

vacación y hasta un 70% en caso de que las entidades participantes en el proyecto financiado persigan ánimo de lucro¹⁵. En el último Capítulo de esta obra veremos más detenidamente los mecanismos financieros previstos al efecto en el contexto español, tanto a partir de fondos europeos como de aportaciones presupuestarias de las distintas Administraciones Públicas.

El ánimo de potenciar una definitiva apuesta nacional por el empleo de estos fondos en proyecto de CPI por los Estados miembros se ha plasmado, más recientemente, en la aprobación de unas «Orientaciones sobre la contratación pública en materia de innovación» en mayo de 2018 por la Comisión Europea [DOUE C (2018) 3051 final], adoptadas en el contexto de la Comunicación de la Comisión sobre la «Nueva agenda europea de investigación e innovación: una oportunidad para que Europa trace su futuro»¹⁶.

1.2.3. *Ámbito nacional*

A nivel nacional, la sensibilización sobre el valor estratégico de la compra pública de tecnología innovadora tuvo una incipiente respuesta en la aprobación en 2009 de la «Estrategia Española para el Desarrollo Sostenible», con la que España aceleraba la transformación del modelo productivo con un conjunto de iniciativas legislativas, reglamentarias y administrativas orientadas a garantizar un crecimiento sosteniblemente económico, medioambiental y social¹⁷.

Tales iniciativas se materializaron en dos normas concretas: la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (LCTI) y la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES); y en un mecanismo de planificación: la llamada Estrategia Estatal de Innovación (E2i), para el periodo 2010-2015, cuyo seguimiento y desarrollo se confió en el Ministerio de Ciencia e Innovación, y que ha tenido continuidad en el marco de la llamada Estrategia Española de Ciencia y Tecnología y de Innovación 2013-2020¹⁸.

En primer lugar, la LCTI estableció un nuevo marco normativo para las políticas de fomento y coordinación de la investigación y la innovación, con especial hincapié en el necesario impulso de la contratación pública española

¹⁵ División de Programas de la Unión Europea del CDTI, Ministerio de Economía y Competitividad y Oficina Europea (2014), «Guía rápida Horizonte 2020», Madrid.

¹⁶ <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8921-2018-INIT/es/pdf>>.

¹⁷ Grupo Interministerial para la Revisión de la Estrategia de Desarrollo Sostenible de la Unión Europea y Oficina Económica de la Presidencia del Gobierno (2007), «Estrategia Española de Desarrollo Sostenible», Madrid.

¹⁸ <http://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Investigacion/FICHEROS/Estrategia_espanola_ciencia_tecnologia_Innovacion.pdf>.

para fortalecer la demanda de productos innovadores. Por su parte, la LES trata de impulsar la eficiencia en la contratación pública regulando en su Capítulo V la colaboración público-privada en materia de innovación a través de la participación conjunta en empresas innovadoras de base tecnológica. Esta norma es una de las primeras disposiciones que prevé expresamente la CPP —esto es, la modalidad pre-comercial de la CPI— añadiendo una letra r) al artículo 4 de la entonces vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público para excluir las reglas de contratación pública en estos casos.

En tercer lugar, la E2i fijó un marco de actuación de la política española en materia de innovación inspirada en cinco grandes objetivos: la creación de un contexto tendente a la innovación, el impulso de la innovación desde la óptica de la demanda pública, la proyección internacional de la innovación española y el fortalecimiento de la cooperación territorial y el capital humano.

Para alcanzar tales fines, la E2i aludía a la CPI como *«medida de gran potencial movilizador en aquellos sectores en los que incidirán de forma especialmente significativa las políticas activas de innovación, entre los que se encuentran, la salud y el bienestar, las energías limpias y el ahorro energético, la ciencia y la modernización de la Administración Pública»*. A tal fin, se pretenden vincular las consignaciones presupuestarias de I+D+i a la CPI para combinar la política de oferta y demanda, de manera que se favoreciese *«la alineación de la capacidad de compra de la Administración Pública con los objetivos de la E2i desde el prisma de la contratación pública»*¹⁹.

Junto a la vinculación de los presupuestos destinados a I+D+i y contratación administrativa, la E2i aconsejaba la adopción de medidas que favorezcan la colaboración público-privada mediante mecanismos de coordinación que ayudasen a potenciar la actividad empresarial en materia de innovación, incrementar la inversión privada y generar empleo²⁰.

En síntesis, este conjunto de medidas asentó la idea de que para impulsar la innovación española, la contratación pública debía aplicarse de modo especial —y hasta distinto— en aquellos sectores económicos en los que la Administración Pública ostenta una posición dominante, en orden a cumplir con los objetivos europeos y nacionales tendentes a posicionar a Europa en la cumbre de la innovación internacional.

Las líneas estratégicas sobre CPI han cuajado en algunas Comunidades Autónomas. Así, Andalucía cuenta con la aprobación de una estrategia propia

¹⁹ Ministerio de Ciencia e Innovación, Secretaría General de Innovación, «Estrategia Estatal de Innovación (E2i)», *op. cit.*, pp. 28 y ss.

²⁰ Ministerio de Ciencia e Innovación, Secretaría General de Innovación, «Estrategia Estatal de Innovación (E2i)», *op. cit.*, pp. 31 y ss.

en esta materia, la «Estrategia 2020 para el impulso y consolidación de la compra pública de innovación en la Administración de la Junta de Andalucía», teniendo por misión *«el impulso y coordinación de la investigación así como el fomento de medidas para la innovación, desarrollo tecnológico, fomento de la internacionalización y consolidación del tejido productivo andaluz. Para ello debe coordinar y fomentar la investigación científica y técnica y la transferencia del conocimiento y la tecnología en el Sistema Andaluz del Conocimiento, estableciendo el régimen de incentivos de I+D+I para los agentes de este Sistema, su seguimiento y evaluación, con especial atención a la formación de las personas dedicadas a la investigación, los proyectos de investigación y aplicación del conocimiento, la difusión de la ciencia a la sociedad y de sus resultados al tejido productivo»*. Más recientemente, el Consejo de Gobierno andaluz aprobó la «Estrategia para el impulso y consolidación de la CPI» mediante acuerdo de 4 de septiembre de 2018. También Galicia se ha propuesto fomentar la innovación mediante la contratación pública creando la Agencia Gallega de Innovación como organismo público encargado de impulsar la CPI en la Administración Autonómica Gallega contando con la «Guía de buenas prácticas para favorecer la contratación pública de innovación en Galicia». Son conocidos, además, otros impulsos autonómicos pioneros que han frugado en experiencias de éxito en la materia, como las desarrolladas en ejecución del Plan para el impulso y la consolidación de la compra pública de innovación de Aragón (<www.cpi.aragon.es>) o las impulsadas en el marco del Acuerdo del Gobierno de la Generalitat de Cataluña de 28 de junio de 2016, que aprobó el Plan de CPI y creó la Comisión de seguimiento del mismo. Asimismo destacan otras experiencias sectoriales autonómicas en el ámbito de la CPI, como la Oficina de Compra Pública Innovadora de Osakidetza del Servicio Vaco de Salud, creada en noviembre de 2015²¹.

1.3. La compra pública de innovación en las Directivas europeas sobre contratación pública: la contratación pública como política sustantiva al servicio de las políticas de I+D+i

Como venimos reiterando, en 2014 fueron aprobadas las Directivas de contratación pública motivadas por la evolución del sistema productivo europeo hacia un modelo competitivo sostenible enmarcado en la Estrategia Horizonte 2020. Ello llevó consigo la derogación de las Directivas de 2004 y la promulgación por la Unión Europea de tres nuevas Directivas de contratación pública, llamadas de cuarta generación: la Directiva 2014/23/UE, de 26

²¹ Puede consultarse un análisis de las experiencias autonómicas en CPI en PEÑATE VALENTÍN, C., y SÁNCHEZ CARREIRA, M. C., «La compra pública innovadora. Análisis regional de la experiencia española», en *Journal of Regional Research*, núm. 40 (2018), pp. 79 a 107.

de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública y la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Las dos primeras fueron transpuestas por la LCSP. La transposición de la Directiva de «sectores excluidos» fue objeto de un Proyecto de Ley que está siendo objeto de una dilatada tramitación parlamentaria, aún no concluida en el momento de redactar este Manual.

En concreto, la Directiva 2014/24/UE contempla la innovación como uno de los factores determinantes de la contratación pública, exponiendo en su Considerando 47 que,

«La investigación y la innovación, incluidas la innovación ecológica y la innovación social, se encuentran entre los principales motores del crecimiento futuro y ocupan un lugar central de la Estrategia Europa 2020. Los poderes públicos deben hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación. La adquisición de bienes, obras y servicios innovadores desempeña un papel clave en la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios públicos, al mismo tiempo que responde a desafíos fundamentales para la sociedad. 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».

La normativa comunitaria insta a los compradores públicos a analizar los contratos públicos desde el plano estratégico para identificar y alcanzar de forma satisfactoria los objetivos propuestos por el Horizonte 2020 y la Unión por la innovación. Como ha dicho la doctrina más autorizada en la materia, la CPI busca potenciar las capacidades de compra de las autoridades públicas para adquirir bienes y servicios innovadores útiles para el medio ambiente, el empleo, la salud y las condiciones sociales²².

Bajo este prisma, entró en vigor el 9 de marzo de 2018 la LCSP por la que se transponen las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE con una serie de novedades, tanto en los procedimientos de contratación como en las técnicas contractuales, con el fin de brindar una oportunidad a la CPI dentro del esquema nacional de contratos públicos en los términos que desarrollaremos a lo largo de este Manual.

²² GIMENO FELIÚ, J. M. (2013) «Las nuevas directivas —cuarta generación— en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 159/2013.

1.4. Oportunidades y ventajas de la compra pública de innovación

La CPI surge como una actuación administrativa de fomento de la innovación a partir de la contratación pública de nuevos mercados innovadores, constituyendo una oportunidad para mejorar la eficiencia y la calidad de los servicios públicos, garantizar la relación calidad-precio de las inversiones públicas e impulsar un crecimiento económico sostenible.

A partir de las dos modalidades de CPI, anteriormente apuntadas y que analizaremos más adelante con mayor detalle, el sector público cuenta con la posibilidad de hacerse con bienes o servicios innovadores inexistentes en el mercado, o poco desarrollados, y potenciar su diseño, creación y comercialización, adaptando más adecuadamente esos bienes y servicios a las concretas necesidades de la Administración contratante, en términos de adecuación, eficiencia y sostenibilidad.

La CPI requiere un elevado nivel de negociación entre el mercado y los potenciales contratistas y la Administración, que está llamada a desempeñar un papel de socio y cliente en la definición funcional y el desarrollo de los bienes y servicios resultantes. De tal forma que, las modalidades de CPI tendrán que articularse por los cauces que permitan un mayor grado de *feedback* entre adjudicador y adjudicatario durante todas las fases del contrato, desde su preparación hasta su ejecución definitiva.

Así, veremos a lo largo de esta obra hasta qué punto se articula e imbrica la colaboración en este tipo de CPI, en el que la Administración se obliga a buscar ideas novedosas mediante la celebración de consultas preliminares al mercado y la elaboración de mapas que agrupen la demanda temprana, siendo clave el cumplimiento de los principios generales de la contratación pública en estas actuaciones previas. Posteriormente, veremos que las prescripciones técnicas de los Pliegos requieren adaptar la cultura de la innovación por la vía de las funcionalidades de lo que se compra, y no de las características técnicas preconfiguradas. En la selección del contratista también se prevén fases de definición progresiva del objeto del contrato (pues, en puridad, éste no está definido *ab initio*), y del propio precio; así como de eliminación de ofertas no seleccionadas finalmente que, no obstante, pueden ser objeto de retribución parcial si la innovación aportada es considerada de algún modo en la solución final. Finalmente, en la ejecución del contrato tampoco pueden jugar del mismo modo las garantías de la contratación pública; en particular, las relativas al riesgo y ventura del contratista, al grado de cumplimiento del objeto del contrato, a las garantías de la confidencialidad de la información o al reparto equitativo de los riesgos y los beneficios derivados de la contratación entre la Administración adjudicadora y la adjudicataria. La alteración del riesgo y ventura empresarial no sólo consiste en que los contratantes asuman conjuntamente las cargas imprevisibles de la CPI, sino que también prevé la

distribución de los beneficios resultantes en base al principio de libertad de pactos. Y todo ello por la presencia transversal y permanente del elemento capital de la innovación en este tipo de contratos.

No obstante, todo lo anterior contribuye a generar un cierto miedo a lo desconocido y a que aumente la idea de riesgo en los gestores públicos, en un momento además de notable fortalecimiento de las normas de transparencia y de crecimiento de las medidas anticorrupción y, como contrapunto, de todo lo que tenga que ver con *compliance* de cumplimiento normativo. En un contexto así, no es de extrañar que los gestores públicos se refugien en la confortabilidad de los procedimientos conocidos y de la contratación normalizada del procedimiento abierto que, aunque lleno de garantías y de transparencia, no consigue los niveles de satisfacción y de rendimiento deseables cuando se trata de desarrollar nuevas tecnologías o productos y servicios novedosos, verdaderamente eficientes y adaptados a las necesidades reales de los intereses generales concernidos en cada acto de compra pública.

Sin embargo, desde la OCDE y la UE se promueve una visión de la CPI como una oportunidad para que el gestor público supere el miedo a las barreras de la innovación, promoviendo la capacitación para aplicar una nueva metodología más flexible, pero acorde a los principios generales de la contratación pública en orden a que estas nuevas políticas de innovación puedan ser una realidad tangible.

En definitiva, el éxito de la CPI reside en el equilibrio de fuerzas, esto es, en que las empresas vean a la Administración como el socio más fiable para emprender proyectos innovadores y viceversa. El comprador público, modulando la idea de prerrogativa, tendrá que posicionarse como un socio en igualdad de condiciones dispuesto a negociar cada uno de los aspectos dimanantes de la contratación de innovación. La indeterminación del objeto y precio del contrato, la ejecución de procesos de I+D+i, el contacto previo con el mercado, la confidencialidad de la información sobre secretos técnicos y comerciales y la evolución del concepto clásico del riesgo y ventura del empresario por el reparto equitativo de los riesgos y beneficios dimanados de la contratación obligan a un cambio de mentalidad de la Administración a favor de una innovación europea competitiva.

2. MODALIDADES DE LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN.

2.1. La compra pública pre-comercial

2.1.1. *Marco jurídico*

La CPP tiene por objeto la contratación de servicios de I+D+i para la consecución de soluciones innovadoras inexistentes en el mercado.

Aunque su objeto parece claro, estos contratos quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP en su artículo 8, en aplicación de la exclusión amparada por la Directiva 2014/24/UE en su artículo 14²³.

No obstante, la LCSP establece tres requisitos para que los contratos públicos de investigación e innovación puedan ser incluidos en su regulación.

En primer lugar, los contratos deberán atender a los códigos de vocabulario establecidos expresamente en el precepto²⁴, esto es: 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, diseño y ejecución en materia de investigación y desarrollo, estudio de pre-viabilidad y demostración tecnológica y servicios de ensayo y evaluación.

En segundo lugar, los beneficios derivados de la innovación tendrán que corresponder en exclusiva al comprador público quedando reservada la utilización del bien o servicio, fruto del proceso de I+D+i, para él mismo. Ésta es la exigencia que supone un apartamiento claro del régimen prototípico de la CPP, pues precisamente una de sus características esenciales consiste en la gestión conjunta de los riesgos y beneficios por parte de los agentes, públicos y privados, intervinientes en la contratación.

En tercer y último lugar, la LCSP impone que la remuneración del contrato sea sufragada por el poder adjudicador en su totalidad, lo que contradice la

²³ Como se explica con mayor claridad en el Considerando 47 de la Directiva 2014/24/UE sobre la exclusión de la CPP, diciendo que, «*Debe señalarse que en la Comunicación de la Comisión de 14 de diciembre de 2007 titulada “La contratación pre comercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles” se expone una serie de modelos de contratación en relación con la prestación de dichos servicios de I+D que no entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva*».

²⁴ 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.

posibilidad prevista en la CPI relativa a que el contratista obtenga financiación de una entidad financiadora de I+D+i.

Con independencia de que queden fuera de la normativa sobre contratación pública, las contrataciones de CPP vienen obligadas a cumplir los principios generales de la contratación administrativa (libertad de acceso, publicidad y transparencia, no discriminación e igualdad de trato, integridad, libre competencia y selección de la oferta económicamente más ventajosa) y ello, por las razones esgrimidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde su Sentencia de 13 de octubre de 2005 (asunto C-458/03), *Parking Brixen GmbH* contra *Gemeinde Brixen* y *Stadtwerke Brixen AG*, a propósito de la situación de aquellos contratos públicos que quedan excluidos de la normativa sobre contratación pública, en la que el Alto Tribunal europeo —en línea con resoluciones posteriores— resuelve haciendo extensiva la aplicación de los principios generales de la contratación pública, recogidos en el TFUE, a todos los contratos que sean celebrados por la Administración Pública.

Como anteriormente quedó apuntado, la primera referencia que el ordenamiento jurídico español hizo sobre la CPP fue con ocasión de la reforma de la derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, operada por la LES, que —como dijimos— introducía un nuevo apartado en el artículo 4.1 de la LCSP bajo la letra r), que en sede de «negocios y contratos excluidos» decía así,

«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».

Pese a que no había en esta previsión una alusión expresa a la compra pública pre-comercial, el Informe N.º 13/11, de 10 de mayo de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado sobre el régimen derivado de los contratos de I+D+i, interpretó que el precepto aludía precisamente a los contratos de I+D+i propios de la CPI²⁵.

²⁵ Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, Informe N.º 13/11, de 10 de mayo de 2012, «Como vemos, según la Directiva comunitaria, los contratos de investigación y desarrollo a los que se refiere la consulta son, en efecto, contratos de servicios y en este mismo sentido, aparecen dentro de otros documentos que nos sirven para interpretar la normativa en cuestión, como es el Libro Verde, a nivel comunitario, o la Guía de Compra Pública Innovadora, a nivel nacional. La identificación en estos documentos de este tipo de contratos como contratos de servicios, nos llevan a la conclusión de que la ley española, aun cuando no lo señala expresamente, también se refiere a contratos de servicios, cuando regula los contra-

Además, la Ley 30/2007 contemplaba otra referencia a la CPP en su artículo 38, también introducido por la LES, dedicado a las partidas presupuestarias consignadas a los contratos previstos en el artículo 4.1 r) de la Ley 30/2007²⁶.

En cuanto a la inclusión de la CPP en el TRLCSP, su artículo 4.1 r) reproduce lo dispuesto en la norma anterior y su Disposición Final quinta alude expresamente a la CPI constituyendo la primera referencia expresa en nuestra normativa sobre contratos públicos.

Respecto a la reciente LCSP, su artículo 8 excluye de su ámbito de aplicación —como se ha dicho— los contratos de I+D+i en términos similares, por lo que quedan excluidos los contratos de servicios de innovación que no sean remunerados íntegramente por el comprador público y en los que se compartan los riesgos y beneficios de la contratación, a los que se les aplican, sin embargo, los principios generales de la contratación pública. De hecho, el nuevo procedimiento de «asociación para la innovación» específicamente previsto para los contratos de CPTI, que sí se someten a la LCSP, tiene su origen en la práctica contractual asentada de los contratos de desarrollo de la innovación de naturaleza pre-comercial, destinados al desarrollo de productos o servicios inexistentes en el mercado.

En definitiva, los contratos de I+D+i comprendidos en la CPP carecen de presencia positiva en Derecho comunitario y español a causa de un motivo fundamental. La propia naturaleza de estos contratos obliga a las partes a acordar un régimen de riesgos y beneficios en el que conjuntamente soporten las cargas derivadas de los procesos de I+D+i y, en consecuencia, se beneficien de los resultados obtenidos en proporción a la magnitud de su apuesta en el proyecto.

Otro aspecto de la CPP a tener en cuenta radica en que la retribución del contrato de I+D+i no puede depender de los resultados sino del proceso de innovación en sí, por lo que el poder adjudicador deberá abonar una cuantía fija en función de la estimación que las partes realicen sobre las posibles fluctuaciones de los riesgos y los beneficios.

tos de investigación y desarrollo dentro del artículo 13, 2, b), en lógica consecuencia con el contenido de la Directiva 2004/18/CE.

²⁶ Según el cual, «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 la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Una parte de las mismas podrá reservarse a pequeñas y medianas empresas innovadoras».

2.1.2. *Características*

La CPP rompe el esquema clásico de contratos públicos por su propia esencia: la compra de ideas innovadoras que ni existen en el momento de la contratación, ni disponen si quiera de una realidad física. Pudiera decirse que rompe la idea misma del contrato, desde su concepción en la teoría general del Derecho, pues —de inicio— ni siquiera hay cosa cierta, ni desde luego precio conocido. Por ello, la idiosincrasia de este contrato de I+D+i conduce a una multitud de características singulares que apuntaremos a continuación.

Tal y como hemos acabado de exponer, la CPP queda excluida de la normativa vigente por lo que la elección del procedimiento adecuado es compleja. Sabemos que el órgano de contratación dispone de una cierta libertad para tramitar la CPP por el procedimiento de contratación que considere idóneo con el límite del estricto cumplimiento de los principios de publicidad, concurrencia, integridad, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y de elección de la oferta económicamente más ventajosa.

El ente adjudicador tendrá que convocar públicamente la licitación en un procedimiento *ad hoc* que podrá comprender varias fases, a las que posteriormente haremos alusión al hablar de los contratos de CPI incluidos en la LCSP. Una primera fase en la que el comprador público organice un encuentro con el mercado o *meet the market event* lanzando consultas preliminares al mercado y anuncios de información previa, según disponen los artículos 115 y 134 de la LCSP, respectivamente, con el fin de elaborar un mapa de demanda temprana que ofrezca la definición del bien o el servicio objeto del contrato, así como del proceso de I+D+i pretendido. En ocasiones, el objetivo de esta fase preliminar puede tener una doble vertiente ya que, tanto la autoridad contratante puede consultar al mercado como recibir ofertas no solicitadas, esto es, que la empresa plantee por sí misma una solución a una necesidad futura. Una segunda fase consistente en un estudio de viabilidad sobre las propuestas seleccionadas fruto del encuentro con el mercado. Dicho estudio tendrá que ser limitado por un plazo y dotación determinada. Y una tercera fase en la que se contratará la propuesta cuyo estudio haya mostrado la mejor viabilidad de acuerdo a la investigación aplicada y al desarrollo experimental que requiere la oferta en cuestión.

Con el respeto a los principios generales de la contratación pública antes aludidos, el dialogo técnico entre el poder adjudicador y las empresas interesadas podrá iniciarse con carácter previo a la publicidad de la convocatoria mediante las consultas preliminares al mercado.

Esta posibilidad conlleva que la Administración no pueda determinar la idoneidad de la propuesta debiendo partir de la definición del problema a resolver por los licitadores. Al contrario que en cualquier contrato público, la

licitación de la CPP no parte del objeto sino de la causa que origina la contratación de I+D+i, esto es, el problema técnico a solucionar.

Asimismo, el dialogo técnico comporta otra problemática consistente en el acceso del comprador público a la información confidencial de los licitadores, a la que asimismo aludiremos más adelante. Puesto que no existe solución actual al problema planteado por el adjudicador, el diálogo técnico entre las partes es más que necesario debiendo estar limitado por la confidencialidad y el secreto que guarda toda información empresarial relacionada con proyectos de I+D+i.

Finalmente, nos encontramos con la condición esencial de la CPP relacionada con el reparto de riesgos y beneficios derivados del proceso de I+D+i y la modulación del riesgo y ventura del empresario que ello supone.

En un sistema donde el empresario debe correr con todos los riesgos del contrato, el régimen compartido entre adjudicador y adjudicatario de las cargas y los beneficios derivados de la contratación de innovación puede interpretarse como uno de los síntomas del necesario cambio de mentalidad en materia de contratación pública.

Al no existir reglas administrativas que prevean tal reparto, la Administración Pública tendrá que acordar con la empresa licitadora los límites de sus actuaciones en proporción a su participación en el proyecto. De esta forma, los resultados de la CPP no quedan al arbitrio del comprador público, ni del contratista, ambos tendrán que soportar las cargas, esto es, los gastos previstos e imprevistos en los que incurra el proyecto de I+D+i o la generación de un prototipo de producto o servicio, y disfrutar conjuntamente de los resultados, sin que corresponda a ninguno la plena disposición sobre la solución innovadora.

La alteración del principio clásico de riesgo y ventura del contratista, la gestión del riesgo en los proyectos innovadores, la participación en los beneficios y su relación con la retribución del contrato de I+D, la propiedad del bien innovador y su explotación o la confidencialidad son, entre otras, las consideraciones jurídico-administrativas más relevantes en esta materia. Volvemos sobre esta cuestión más adelante.

2.2. La compra pública de tecnología innovadora

2.2.1. *Marco jurídico y procedimental*

Otra de las fórmulas a disposición de los poderes públicos para fomentar la innovación desde la contratación pública es la CPTI que tiene por fin la adquisición y el desarrollo de bienes o servicios tecnológicos, nuevos o me-

jurados, que no han alcanzado la fase comercial, es decir, que aún no han llegado al mercado o no están disponibles para su distribución a gran escala.

La CPTI queda incluida en el ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública en la forma de contratos de obras, servicios o suministros de los artículos 12 y siguientes de la LCSP.

Esta modalidad de CPI prescinde del proceso previo de I+D+i en fase de creación o diseño de un prototipo inexistente, y se centra en el desarrollo de una idea que necesita adaptación y en la comercialización, pues la CPTI no parte de la nada, sino de la existencia de un modelo o prototipo que requiere el desarrollo de tecnología nueva o mejorada para cumplir con las exigencias del comprador público. Aquí, como ya expusimos, el poder adjudicador actúa como cliente de lanzamiento de aquellos bienes y servicios que precisan de tecnología o innovación adicional para llegar a la meta comercial.

Dependiendo de las prescripciones propias de cada producto o servicio, la CPTI podrá articularse por los procedimientos de contratación ordinarios (abierto o restringido) y especiales (licitación con negociación, diálogo competitivo y asociación para la innovación). No obstante, lo que se dirá en el Capítulo correspondiente al procedimiento de asociación para la innovación, especialmente pensado para los procesos de CPI, las recomendaciones de las Guías y orientaciones elaboradas por la UE y por las Administraciones españolas recomiendan vivamente en estos casos la elección de un procedimiento en el que las partes contratantes estén en permanente contacto y quepa la negociación, pues los procedimientos con margen de negociación permiten una mayor flexibilidad a la hora de tratar las cuatro premisas básicas de la CPTI:

- 1) La inexistencia de bienes o servicios específicos que satisfagan las pretensiones de compra de la Administración.
- 2) El necesario desarrollo tecnológico del prototipo a partir del cual se obtendrá el bien o servicio pretendido en un tiempo razonable.
- 3) La inevitable espera del comprador público a causa del proceso tecnológico.
- 4) La indeterminación inicial del precio y el plazo por el que se conseguirá el resultado final.

A partir de estas premisas, la licitación con negociación se contempla como un procedimiento ordinario adecuado a las exigencias de la CPTI, previsto en los artículos 166 a 171 de la LCSP, teniendo por objeto contratos de obras, servicios o suministros que necesitan de un desarrollo tecnológico. En un Capítulo posterior, analizaremos el procedimiento de asociación para la innovación, especialmente concebido para estos casos, aunque de, prácticamente, nulo impacto —hasta el momento— entre nosotros.

Uno de los requisitos de un procedimiento destinado a adquirir innovación radica en que las características del bien o servicio objeto del contrato deberán estar suficientemente descritas por el ente adjudicador.

Por tanto, ante bienes o servicios determinados pero necesitados de un desarrollo tecnológico para su comercialización, el gestor público podrá acudir a los procedimientos con negociación abriendo una fase de selección con al menos tres licitadores, celebrando rondas de ofertas y negociaciones sucesivas sobre múltiples aspectos (prescripciones técnicas, precio, plazo) y fijando la fecha para la presentación de las ofertas finales.

Otro procedimiento posible para contratar CPTI es el diálogo competitivo, regulado en los artículos 172 a 176 de la LCSP. El diálogo competitivo ofrece a las partes contratantes una mayor flexibilidad que la licitación con negociación al no tener que ceñirse a prescripciones únicas prefijadas, sino que cada oferta se presenta en base a la solución propuesta por cada licitador.

Ante proyectos cuyas prescripciones son imposibles de definir de antemano, el diálogo competitivo permite conocer la experiencia previa de las empresas en relación a lo que se pretende contratar²⁷.

Al igual que en el procedimiento con negociación, el diálogo competitivo se iniciará con la invitación de un mínimo de tres licitadores. Durante el diálogo las propuestas iniciales se irán perfilando hasta acabar determinando las prescripciones técnicas, los criterios de selección y el plazo de duración estimado en un único documento que se pondrá a disposición de los interesados. En virtud de los términos acordados en el diálogo conforme al artículo 172 de la LCSP, los licitadores presentarán sus ofertas finales para la posterior selección de la empresa adjudicataria.

Puede decirse, finalmente, que en función de la capacidad descriptiva del bien o servicio pretendido por el órgano de contratación habrá de adoptarse algún procedimiento que acoja la negociación, con preferencia por el de asociación para la innovación.

2.3. Consideraciones jurídicas comunes para las modalidades de CPI que requieren un tratamiento diferenciado de determinados principios de la contratación pública

Hemos señalado que la principal diferencia jurídica entre la CPP y la CPTI es que esta última sí entra dentro del ámbito de aplicación de la LCSP. No

²⁷ Fundación COTEC para la Innovación Tecnológica (2011), «La compra pública de tecnología innovadora en biotecnología. Libro blanco», *Informes sobre el sistema español de innovación*, Madrid.

obstante, ambas modalidades de CPI comparten características y elementos comunes, como la conveniencia de organizar un encuentro con el mercado como fase preliminar, el establecimiento de un régimen compartido sobre la propiedad del bien o servicio, así como de la tecnología aplicada y el tratamiento de la confidencialidad.

Entre las actuaciones previas, el órgano de contratación podrá realizar consultas previas al mercado, organizar el *meet the market event* a fin de identificar y agregar la demanda, e incluso gestionar ofertas no solicitadas de bienes o servicios desconocidos por la Administración Pública. Por otra parte, todo proyecto que tenga por resultado tecnología nueva o mejorada requiere de un tratamiento anticipado de los derechos de propiedad industrial e intelectual. Por ello, el ente adjudicador y la empresa tendrán que acordar un régimen de propiedad compartido sobre la tecnología y el bien o servicio resultante.

La participación de empresas en los procedimientos de contratación siempre requiere el debido respeto a la confidencialidad y secreto de la información empresarial. Lógicamente, este deber de confidencialidad por parte de los contratantes aumenta su nivel de exigencia cuando se trata de proyectos relacionados con nuevas tecnologías e I+D+i.

En otro orden de consideraciones, en los contratos de CPI el principio de riesgo y ventura requiere modulaciones de principio general de imputar todo el riesgo a cuenta exclusiva del empresario que recoge de forma prácticamente incondicionada el artículo 197 de la LCSP. La necesaria interacción entre el órgano de contratación y el empresario contratista a la hora de contratar innovación obliga a una mayor flexibilidad respecto al riesgo y ventura de los contratos públicos, donde debería contemplarse por vía de principio un régimen compartido de los riesgos y los beneficios derivados del proyecto.

Sobre todas estas cuestiones, trataremos aquí dos que, por su relevancia jurídica, merecen consideración aparte, sin perjuicio de abordar otras especificidades jurídicas y procedimentales de estos contratos en otros lugares de esta obra.

2.3.1. *El problema de la confidencialidad en torno a la I+D+i*

El principio de confidencialidad de la contratación pública y su confrontación con la publicidad y la transparencia del procedimiento ha sido uno de los temas más controvertidos en el ámbito del Derecho Administrativo sobre todo

a partir de la entrada en vigor de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LT)²⁸.

Esta colisión de principios tiene una especial relevancia en la CPI, debido a su especial naturaleza consistente en la búsqueda de soluciones a través de la experiencia de las empresas en la investigación tecnológica y el desarrollo experimental.

Para garantizar el equilibrio entre la confidencialidad de los expedientes y el derecho de acceso a los mismos por cualquier persona, física o jurídica, que tenga interés legítimo en ello, es preciso partir de la debida confianza mutua entre el órgano contratante y los interesados²⁹. Es conocida la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia, de 29 de enero de 2013, asunto T-339/10, *Cosepuri/EFSA*, entre otras, donde afirma que,

«Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa de la Unión en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores».

Efectivamente, los licitadores tienen que estar tutelados por la confianza recíproca de forma que se les garantice que la información suministrada al poder adjudicador no será transmitida a terceros, ni al público en general, sin su consentimiento expreso.

No debemos olvidar que la LCSP prevé en su artículo 132 un tratamiento igualitario, no discriminatorio y ajustado a los principios de transparencia y proporcionalidad permitiendo a las empresas licitadoras el acceso a los documentos obrantes en el expediente de contratación con el límite del respeto a la confidencialidad.

Asimismo, la LT exige a la Administración Pública el efectivo cumplimiento de la transparencia a la hora de informar sobre sus actividades. Parece que la regla general radica en facilitar la máxima información a los licitadores siempre y cuando se mantengan incólumes los límites de la confidencialidad regulada en el artículo 133 de la LCSP (artículo 21 de la Directiva 2014/24/

²⁸ Sobre esta cuestión véase, con carácter general, RAZQUIN LIZARRAGA, M., *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones Públicas (Unión Europea y España)*, Iustel, Madrid, 2013.

²⁹ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, Núm. 15/2012, de 19 de septiembre.

UE). El citado precepto impone que la protección de la información confidencial no sea absoluta de forma que admita una declaración genérica de confidencialidad al arbitrio del licitador, pues ello dejaría sin contenido los principios de publicidad y transparencia.

Los Tribunales Administrativos Contractuales se han pronunciado limitando las pretensiones de confidencialidad de las empresas. Concretamente, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución Núm. 62/2012, de 29 de febrero, sostuvo que,

«En el caso que nos ocupa, la adjudicataria del contrato, AIR-RAIL, S.L., ha señalado confidencial la totalidad de la documentación que compone su proposición (sobre 1 de documentación administrativa; sobre 2 de solvencia técnica, económica y financiera; sobre 3 de documentación técnica, y; sobre 4 de proposición económica) sin referirse por tanto a los aspectos concretos de su oferta que debieran ser mantenidos bajo secreto, pues, según parece, considera que toda su documentación tiene el carácter de secreta y por tanto confidencial. A estos efectos, este Tribunal entiende que esta obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, habida cuenta de que el propio artículo 124.1 de la LCSP garantiza que este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad e información que debe darse a candidatos y licitadores, obligaciones entre las que se encuentran incluidas las enumeradas en el artículo 135.4 de la propia LCSP (art. 151.4 TRLCSP)».

De ello puede deducirse una regla general prohibitiva de las declaraciones de confidencialidad que comprendan la totalidad de la documentación, ya que suponen una contradicción evidente con la publicidad y la transparencia que deben regir en todo procedimiento de contratación y con las que el principio de confidencialidad ha de contrastarse en términos de proporcionalidad.

Por tanto, para realizar una declaración de confidencialidad conforme a los principios de la contratación pública será conveniente conocer qué tipo de información es susceptible de ser calificada como tal. De acuerdo con lo anterior, la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, Núm. 196/2016, de 11 de marzo de 2016, delimita el concepto y los requisitos para que la información sea considerada como confidencial, declarando así que,

«En este sentido, cabe recordar que la jurisprudencia ha concretado el concepto de secretos técnicos o comerciales como el conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesarios para la fabricación o comercialización de productos, la prestación de servicios, y la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial, y que por ello procura a quien dispone de ellos de una ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto, evitando su divulgación. La confidencialidad deriva de la posibilidad de que se

perjudiquen intereses legítimos o a la competencia leal entre empresas, de modo que, como señala el acuerdo del TACP Madrid 106/2015 los requisitos para calificar de confidencial la documentación presentada por los licitadores son los siguientes:

- a) que comporte una ventaja competitiva para la empresa,*
- b) que se trate de una información verdaderamente reservada, es decir, desconocida por terceros,*
- c) que represente un valor estratégico para la empresa y pueda afectar a su competencia en el mercado y*
- d) que no se produzca una merma en los intereses que se quieren garantizar con los principios de publicidad y de transparencia».*

La información podrá estar amparada por el régimen de confidencialidad cuando estando relacionada con un secreto técnico o comercial, ésta suponga una ventaja competitiva para el licitador, no esté expuesta al dominio público y disponga de valor estratégico. Todo ello siempre que la reserva de tal información no vulnere los principios de publicidad y transparencia.

Esta definición se aproxima mucho a la naturaleza de los bienes y servicios pretendidos por el órgano contratante en los procesos de CPI. Tratando de resolver problemas actuales con soluciones innovadoras cuyo desarrollo requieren de I+D+i, las dos modalidades de CPI precisarán de una documentación que puede ser singularmente valiosa para el mercado en virtud del carácter innovador del objeto del contrato.

Por ello, podemos decir que toda la información relacionada con la investigación tecnológica y el desarrollo experimental (prototipos y modelos industriales, patentes, marcas, diseños, fórmulas y compuestos químicos, know-how, campañas publicitarias estratégicas) requerirá de un alto nivel de confidencialidad pues, en caso de ser reveladas, el empresario corre el riesgo de ver frustradas sus expectativas de negocio.

En orden a evitar la revelación de la información, corresponde al licitador la carga de probar que cierta documentación entra dentro del concepto de secreto técnico o comercial y cumple los requisitos antes expuestos. En apoyo a esta tesis se pronuncia la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, Núm. 710/2016, de 16 de septiembre, que viene a decir que,

«Si bien la carga de precisar qué elementos de la oferta son confidenciales recae sobre el ofertante, el órgano de contratación —en aras de la transparencia y para evitar la indefensión de otros licitadores interesados— no tiene por qué admitir sin más el ámbito de confidencialidad declarado por el ofertante, sino que debe reducirlo, si el licitador ha extendido la confidencialidad a elementos de su oferta que no deban tener esta cualidad;

tanto más cuando en el momento de presentación de la oferta el licitador no hizo declaración de confidencialidad alguna».

Aunque la carga probatoria de la confidencialidad pertenezca al licitador, será la Administración la que tenga la última palabra sobre el carácter de la información debiendo reducir, e incluso denegar, la solicitud en aquellos supuestos en los que la falta de revelación de la documentación lesione la publicidad y la transparencia de la contratación pública³⁰.

Finalmente, el gestor público tendrá que realizar una ponderación de los intereses en juego sacrificando en cada caso el derecho de acceso o el interés en la confidencialidad según el carácter de la información y los riesgos que entrañe su revelación³¹.

2.3.2. *El reparto de beneficios y riesgos en los contratos de CPI*

Dada la complejidad del objeto de los contratos de CPI y la indeterminación inicial del bien o servicio, la modulación convencional por las partes en la regulación del riesgo y ventura del empresario resulta esencial en este tipo de contratos. Poco éxito y capacidad de incentivación tendrían estas políticas de fomento de la innovación si se le impone exclusivamente a la empresa adjudicataria la asunción de todos los riesgos derivados de I+D+i.

Frente al reparto de riesgos y beneficios entre comprador público y agente del mercado se erige uno de los principios más característicos del contrato administrativo consistente en que los contratos públicos se ejecutan a riesgo y ventura de la empresa adjudicataria excluyendo a la Administración de la asunción de cualquier riesgo devenido en la relación contractual, por asumir el contratista una obligación de resultados³². En puridad, el sentido del riesgo y ventura de los contratos públicos radica justamente en la exclusión de la

³⁰ MESA VILA, M. (2015), «Algunas cuestiones sobre el ejercicio del derecho de acceso a la información pública en materia de contratos del sector público. Contratista versus Administración», *Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 139.

³¹ Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, Resolución Núm. 710/2016, de 16 de septiembre de 2016 (Fundamento de Derecho 6.º), «*Por otra parte, y en cuanto al acceso de la recurrente a la oferta y en definitiva a documentación técnica de la empresa adjudicataria, debe hacerse una ponderación de intereses entre la confidencialidad que pueda presumirse de los datos que contiene y el interés del recurrente*».

³² Es proverbial en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2005 (Fundamento de Derecho 2.º) al afirmar que «*dicho principio se contempla tanto en la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 (art. 46 y art. 132 del Reglamento aprobado por Real Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre), como en la Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 99 —art. 98 Real Decreto Legislativo 2/2000—) y, como señalan las sentencias de 14 de mayo y 22 de noviembre de 2001, el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la*

fuerza mayor como causa justificante del contratista a diferencia del régimen general de exclusión de responsabilidad de las partes por riesgos imprevistos o inevitables del artículo 1.105 del Código Civil³³.

Una aplicación estricta del riesgo y ventura conforme al artículo 197 de la LCSP puede suponer un obstáculo al desarrollo de la CPI («*La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239*»). Pese a ser la regla general, tanto la normativa como la jurisprudencia han ido introduciendo excepciones principalmente relacionadas con los contratos de gestión de servicios públicos y concesión de obras públicas. En concreto, las excepciones o modulaciones de riesgo y ventura del empresario encuentran su fundamento en los clásicos supuestos de modificación del objeto del contrato pro el ejercicio del *ius variandi* de la Administración, que generan compensación al contratista; los supuestos de ruptura sustancial de la economía del contrato por causa imputable a la Administración o como consecuencia del *factum principis*; así como los supuestos de fuerza mayor o la aparición de circunstancias imprevisibles y externas a la relación contractual cuya aparición traiga consigo la quiebra del equilibrio económico del contrato³⁴, de tradicional aplicación al ámbito de las concesiones.

Pero este marco conceptual clásico puede mostrarse inoperante o insuficiente para la CPI. Ciertamente, la investigación tecnológica y el desarrollo

expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general en la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial».

³³ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, de 15 de marzo de 2005, señala que el principio de riesgo y ventura del contratista «*tiene como excepción los supuestos de fuerza mayor, al constituir factores imprevisibles, anormales en el desarrollo propio de la naturaleza de las obras y ajenos a la voluntad y comportamiento del contratista, que inciden negativamente en la ejecución del contrato, suponiendo para el mismo un agravamiento sustancial de las condiciones, que por exceder de las contingencias propias del riesgo asumido en la contratación, se contemplan específicamente por la Ley a efectos de restablecer el equilibrio financiero del contrato, como principio sustancial en materia de contratación*».

³⁴ GIMENO FELIÚ, J. M. (2018), «El nuevo modelo concesional: hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74; AMENÓS ÁLAMO, J. y NIETO MORENO, J. E. (2012), «La languideciente vía del principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 156/2012; VILLAR EZCURRA, J. L. (2002), «El equilibrio económico de las concesiones de obras públicas», *Revista de Obras Públicas*, núm. Extraordinario sobre «El nuevo sistema concesional».

experimental aplicable a las soluciones innovadoras contratadas por la vía de la CPI comportan riesgos imprevisibles que quedan fuera del alcance del contratista y que están en la esencia misma de la innovación, pues la CPI tiene —por definición— un objeto total o parcialmente indeterminado y de incierto cumplimiento, que en el caso de la CPP es tan notable que determina la exclusión de esta modalidad de CPI de la LCSP y la compartición de riesgos entre Administración y contratista.

La mayor o menor indeterminación inicial del objeto, el cual se irá concretando a medida que se vaya desarrollando el proceso de I+D+i, se traduce en una imprevisibilidad de los riesgos real y ajena al buen o mal hacer de las partes. Los riesgos imprevisibles del contrato serán calificados como tal, siempre que adjudicador y adjudicataria hayan actuado de buena fe y se haya aplicado un grado razonable de previsión. Por eso, aquí han de apurarse al máximo las posibilidades de la teoría del riesgo imprevisible, en el entendimiento de que el mantenimiento del equilibrio económico del contrato y la aplicación del riesgo imprevisible, en ningún caso, puede suponer una cobertura total de los riesgos para el adjudicatario de tal forma que produzca la inversión o completa desaparición del principio de riesgo y ventura³⁵.

³⁵ Sin ánimo de exhaustividad, y a los solos efectos de recordar las grandes líneas de la doctrina jurisprudencial asentada, se recordará que los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo vienen señalando el delicado equilibrio que tensiona la relación entre el principio de riesgo y ventura y la teoría del riesgo imprevisible. Así, por ejemplo, ilustra la STS de 16 de junio de 2009 al afirmar que *«es indudable que la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación. Implica, por tanto, aplicar los principios de equidad (art. 3.2 C.C) y de buena fe (art. 7.1 C.C) por la aparición de un riesgo anormal que cercena el principio del equilibrio económico-financiero entre las partes pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial en la contratación pública»*. En este orden de razonamientos, viene al caso la cita de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de abril de 2006, que fija los límites del riesgo imprevisible como vía liberatoria del contratista, señalando que: *«No se trata de salvar al contratista privado a toda costa de los riesgos que no son imputables directa o indirectamente a la Administración, sino de velar por el mantenimiento del servicio, de manera que cuando éste no está en juego rige el principio del riesgo y ventura para el contratista, principio que aún propio del contrato de obra se extiende al resto de la contratación administrativa, de modo que el contratista no tiene una especie de seguro a cargo de la Administración que le cubra de todos los riesgos de su actividad, pues la actividad empresarial es por esencia imprevisible, y del mismo modo que la marcha de los acontecimientos puede determinar ganancias para el empresario, esta misma marcha puede hacer que sufra pérdidas y no por ello tales pérdidas ha de compartirlas siempre y en todo caso la otra parte contratante —pues el que arriesga su dinero en un negocio asume como premisa que determinadas actividades son de suyo una apuesta en la que se puede ganar o perder—, en este caso la Administración, y es por esta razón por la que el Tribunal Supremo acude en casos como el presente a la aplicación del más tradicional principio propio de la contratación privada de la cláusula “rebus sic stantibus”, que desde luego no garantiza tampoco y en todo caso las eventuales pérdidas que pueda padecer uno de los contratantes»*.

No obstante, los riesgos de todo proceso creativo de I+D+i tienden a ser imprevisibles y muchas veces ajenos a las partes contratantes. De ahí el interés de acreditar en los Pliegos que el objeto y desarrollo del contrato está condicionado a la búsqueda de una solución inexistente y, por otro lado, que la solución innovadora pretendida va a ser desarrollada mediante técnicas aplicativas de I+D+i, que implica siempre una cierta incertidumbre sobre el resultado. Ciertamente, en la CPI la imprevisibilidad de los riesgos puede derivar bien de la propia indeterminación del producto o servicio, bien de la ejecución de los procesos de I+D+i. De hecho, los riesgos derivados de proyectos innovadores suelen ser muy elevados y precisan de una participación conjunta, siendo muy improbable que los resultados sean positivos cuando sólo uno de los inversores se hace responsable de todos los costes que entraña la I+D+i.

La compartición de riesgos y la modulación del principio de riesgo y ventura, así como la posible participación de la Administración en los derechos derivados de la generación de un producto o servicio innovador hace que en los CPI cobre especial interés, más allá de la habilitación que puedan contener los Pliegos, el clausulado del contrato que resulta de la adjudicación, de modo que en él pueda plasmarse de modo claro el control del grado de satisfacción —del éxito funcional—, obtenido por un producto o servicio innovador o mejorado, la modulación de los riesgos en razón de lo anterior, así como el posible reparto de beneficios Administración/contratista en proporción al re-

Asimismo, es reseñable la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, núm. 662/2008, de 16 de julio, que advierte que *«sin embargo, que el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión no supone que quede descartado el principio de riesgo y ventura del contratista, puesto que una cosa es mitigar dicho desequilibrio y otra bien distinta desplazar a la Administración el riesgo económico que es consustancial a la explotación del servicio. No se trata, en definitiva, ni de una garantía de beneficio para el concesionario ni de un seguro que cubra las posibles pérdidas económicas por parte de aquél, sino de una institución que pretende asegurar, desde la perspectiva de la satisfacción del interés público, que pueda continuar prestándose el servicio en circunstancias anormales sobrevenidas (cfr. artículo 129.4 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales). Por último, la coparticipación de la Administración en los riesgos de la explotación puede revestir una pluralidad de formas, tales como el incremento de tarifas, el otorgamiento de una subvención o cualquier otra compensación económica. Como ha señalado la sentencia de 17 de noviembre de 2000 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el restablecimiento del equilibrio económico no se traduciría tampoco en una compensación integral de los perjuicios sufridos por el concesionario como en el caso del ius variandi, sino en un reparto entre concedente y concesionario de los perjuicios imprevisibles, como lo destacan, en efecto, las SSTS de 21 de octubre de 1980 y 14 de marzo de 1985, la última de las cuales recalca que la revisión debe orientarse hacia el mantenimiento del servicio mediante la distribución proporcional y razonable de las pérdidas entre ambos contratantes, de modo que la cuantía de la compensación no sea tan escasa que no impida la ruina de la concesión ni tan excesiva que desplace el riesgo normal de la empresa a la Administración, imponiendo un auténtico seguro de beneficios mínimos en favor del concesionario o un resarcimiento de todos los perjuicios sufridos»*.

parto de los riesgos acordado. Lo que se pretende, en suma, es que las partes acuerden un régimen equitativo de los riesgos y los resultados derivados de I+D+i en base al principio de libertad de pactos que actualmente recoge el artículo 34 de la LCSP.

La distribución equitativa de los riesgos y los beneficios de CPI no pretende revestir al adjudicatario de una cobertura total frente a los costes del contrato, sino de mitigar el desequilibrio natural de las prestaciones en la contratación de soluciones innovadoras inexistentes en el mercado.

La imprevisibilidad de la CPI parte de su propio objeto, el cual será desarrollado íntegramente en proyectos de CPP, y partirá de prototipos o modelos ya creados en CPTI, lo que permite afirmar que los riesgos a asumir por las partes serán muy altos. Por ello, la Administración Pública y el sector privado deberán ejecutar los contratos de CPI bajo acuerdos que garanticen el equilibrio de fuerzas de las partes, en los que asuman, individual y proporcionalmente, los costes estimados del contrato y soporten conjuntamente los riesgos imprevisibles derivados del proceso de I+D+i y de la propia naturaleza de la contratación de innovación.

El éxito de la CPI depende, en gran parte, del reparto de los riesgos, pues ello constituye un incentivo para que las empresas apuesten por la innovación con la garantía de que no estarán solas en el proyecto, sino que contarán con el apoyo del socio más fiable, la Administración Pública.

Consecuentemente al régimen compartido de los riesgos, el comprador público y la empresa disfrutarán conjuntamente de los beneficios obtenidos en los proyectos de CPI, sin que la Administración tenga que reservarse para sí los resultados de la I+D+i. Asimismo, tampoco tiene por qué apropiarse exclusivamente el empresario del uso y disfrute del bien o servicio innovador, pues en la «asociación para la innovación» entre la Administración y el empresario es donde radica la clave de este tipo de contratos.

La CPI constituye una oportunidad para que la autoridad contratante y el empresario se beneficien de los resultados de I+D+i, si bien, es necesario prevenir que el primero caiga en la tentación de reservarse los derechos de propiedad industrial e intelectual y el segundo perjudique a la Administración en la explotación de tales derechos³⁶. No obstante, la práctica habitual en la contratación pública a la hora de regular la propiedad industrial e intelectual choca con lo que venimos diciendo sobre la conveniencia de procurar un reparto equitativo de los beneficios de la CPI, ya que el órgano de contratación

³⁶ MURILLO JASO, L. (2013), «Compra pública innovadora: fomentando la innovación por el sector público», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 868/2013.

tiende a reservarse dicha propiedad con independencia de quién y cómo se haya generado y del uso que el mismo vaya a hacer³⁷.

La reserva exclusiva de la propiedad industrial e intelectual por la Administración fue objeto de crítica en el Informe y Conclusiones de la Comisión de expertos del Ministerio de Hacienda para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública de 2004, donde ya se afirmaba que:

«La exigencia de los pliegos de que el órgano de contratación adquiera todos los derechos de propiedad intelectual, puede estar ocasionando un coste adicional para el contratista, con su consecuente reflejo en el precio del contrato, además de poder ser un obstáculo a la capacidad de innovación del contratista que se basa en conocimientos adquiridos previamente.

Así pues, se considera recomendable establecer como criterio general que, en aquellos contratos de los que dimanen derechos de propiedad intelectual, el esquema de asignación de aquella sea el establecido en la legislación de la propiedad intelectual. Las alteraciones a dicho principio, derivadas de las posibles necesidades de los órganos de contratación de adquirir dichos derechos, es conveniente que se establezcan de forma diferenciada en los pliegos de cláusulas particulares al objeto de su valoración independiente».

El mencionado Informe recomienda la aplicación de la normativa sobre propiedad industrial e intelectual con un tratamiento diferente y autónomo al resto de aspectos regulados en los pliegos. Junto a ello, detecta un doble inconveniente en la reserva de los derechos a favor del órgano de contratación: el coste adicional y la reducción de la capacidad de innovación del contratista.

Ante tales inconvenientes y con el fin de fomentar la innovación empresarial, la Administración debe propiciar que puedan compartirse los resultados del contrato materializados en los derechos de propiedad industrial e intelectual que dimanen del proceso de desarrollo tecnológico y la innovación experimental. El gestor público compartirá los resultados de I+D+i con las empresas adjudicatarias mediante la publicación, normalización y comercialización del bien o servicio innovador. Asimismo, el poder adjudicador deberá prevenir que la concesión de estos derechos a las empresas no constituya ninguna forma de ventaja injusta, ni tampoco perjudique a los proveedores, especialmente a las PYME³⁸.

³⁷ Fundación COTEC para la Innovación Tecnológica, *La compra pública de tecnología innovadora en Biotecnología. Libro blanco, 2011*, pp. 90 y ss.

³⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *La contratación pre comercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles*, op. cit., pp. 7 y ss.

Respecto al objeto sobre el que recae la propiedad intelectual e industrial, podemos diferenciar tres concretos ámbitos en la CPI³⁹:

1. Las tecnologías aportadas con carácter previo a la puesta en marcha del proceso de I+D+i. Las propiedades que tienen las partes antes de la formalización del contrato reciben la denominación de *background* y, en principio, no forman parte del objeto del contrato. Ahora bien, si la solución a desarrollar o *foreground* precisa de la aportación de *background* será conveniente incluir en el contrato una licencia no exclusiva e ilimitada de éste último que permita a la empresa desarrollar el proceso de I+D+i sin tener que pedir permiso a la Administración y viceversa⁴⁰.
2. Los bienes o servicios objeto de la contratación y las tecnologías desarrolladas. Como regla general, los derechos de propiedad industrial e intelectual serán retenidos por la empresa, salvo que existan determinadas razones de interés general que lleven al comprador público a conservar tales derechos durante un período de tiempo determinado, como por ejemplo cuando la CPI consista en la contratación de soluciones innovadoras aplicables a la seguridad del Estado.
3. El uso y disfrute de los nuevos bienes o servicios y las tecnologías desarrolladas. Los operadores económicos serán los titulares de los resultados del contrato de CPI, mientras que al órgano de contratación le corresponderá un derecho de uso limitado en el tiempo.

El derecho de uso y disfrute de la Administración sobre los bienes, servicios y tecnologías derivados del contrato podrá traducirse en un canon o *royalty* a cargo del adjudicatario⁴¹. La cuantificación de dicho canon variará en función de los resultados de explotación obtenidos.

Otra fórmula a considerar puede consistir en una reducción de precios respecto del coste de desarrollo exclusivo que refleje el valor de mercado de los beneficios y los riesgos asumidos por la adjudicataria. En este supuesto, la empresa se compromete a suministrar los bienes o servicios a un precio rebajado como contraprestación a la autoridad adjudicadora por actuar como cliente de lanzamiento.

³⁹ Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, *Guía sobre compra pública innovadora*, op. cit., 12 y ss.

⁴⁰ Ministerio de Ciencia e Innovación, CDTI y Foro de Empresas Innovadoras, *Derechos de propiedad industrial e intelectual en proyectos tecnológicos de cooperación público-privada*.

⁴¹ Subdirección General de Fomento de la Innovación Empresarial del Ministerio de Economía y Competitividad y Observatorio de Contratación Pública, «Guía 2.0 para la compra pública de innovación», op. cit., pp. 36 y ss.

Igualmente, las partes podrían acordar la inclusión de cláusulas de mejor fortuna a partir de las cuales, el comprador público recibirá en concepto de compensación las plusvalías que se vayan generando por las transmisiones sucesivas a terceros de los derechos de propiedad industrial e intelectual⁴².

Como mecanismo de control, los pliegos podrán contemplar una cláusula de rescate de los derechos de propiedad industrial e intelectual a favor del órgano contratante en caso de que se verifique que la empresa no ha llevado a cabo ningún tipo de actividad tendente a la explotación comercial. El rescate tendrá efecto una vez haya transcurrido el plazo pactado en el propio pliego, que normalmente suele comprender dos o tres años⁴³.

Finalmente, también cabe la posibilidad de que el comprador público reciba la compensación pasando a formar parte del capital social de la empresa adjudicataria según dispone el artículo 56.1 de la LES⁴⁴. Las partes podrán concertar esta fórmula siempre que se haya contratado con organismos públicos de investigación, universidades públicas, fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles estatales u otros centros de investigación dependientes de la Administración General del Estado⁴⁵.

⁴² LOZANO CUTANDA, B. (2011), *Nueva regulación jurídica de los contratos de transferencia de los resultados de la investigación a las empresas Spin-Off*, Gómez-Acebo & Pombo.

⁴³ Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y Observatorio de Contratación Pública, «Guía 2.0 para la compra pública de innovación», *op. cit.*, p. 36.

⁴⁴ *Los Organismos públicos de investigación, las universidades y los demás agentes incluidos en el ámbito de aplicación de este Capítulo, podrán participar en el capital de sociedades mercantiles cuyo objeto social sea la realización de alguna de las siguientes actividades: a) La investigación, el desarrollo o la innovación; b) La realización de pruebas de concepto; c) La explotación de patentes de invención y, en general, la cesión y explotación de los derechos de la propiedad industrial e intelectual; d) El uso y el aprovechamiento, industrial o comercial, de las innovaciones, de los conocimientos científicos y de los resultados obtenidos y desarrollados por dichos agentes; e) La prestación de servicios técnicos relacionados con sus fines propios.*

⁴⁵ Como dispone el artículo de la LES, «Las disposiciones de este Capítulo son de aplicación a los Organismos públicos de investigación, las universidades públicas, las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles estatales y otros centros de investigación dependientes de la Administración General del Estado».

CAPÍTULO II

FASES DE LAS LICITACIONES DE COMPRA PÚBLICA DE TECNOLOGÍA INNOVADORA

Manuel Mesa Vila

Abogado y consultor especialista en contratación pública
Profesor Asociado de Derecho Administrativo

INTRODUCCIÓN

Las licitaciones de CPTI, al igual que todas las licitaciones, sea cual sea el procedimiento utilizado, constan de tres fases sucesivas bien diferenciadas. Una diferenciación que resulta de capital importancia hasta tal punto que la propia LCSP (como ya hiciera su predecesora Ley 30/2007), basa su estructura y su sistemática en estas tres fases:

- Preparación
- Adjudicación
- Ejecución

Como hemos indicado, las licitaciones de CPTI también se desarrollan en estas tres fases sucesivas, si bien presenta importantes matices en cada una de ellas que la hacen diferente a las licitaciones ordinarias. Esos matices son los que estudiamos en este capítulo.

El matiz principal es que en los procedimientos de CPTI podemos y debemos identificar una fase previa o preliminar que antecede a la fase legalmente prevista de preparación de los contratos, entendida ésta como el conjunto de actuaciones reguladas en la sección Primera del capítulo I del Título I de la LCSP y sería en esta fase en la que se lleva a cabo la planificación de la licitación.

En toda licitación pública (y en general en toda actuación administrativa) es necesaria la labor de planificación. El presupuesto que cada año se aprueba (o se debería aprobar) en cada Administración es la principal actividad de planificación, a corto-medio plazo. Pero en este caso hablamos de una planificación a mucho más largo plazo.

La actividad planificadora de la contratación pública necesita de esos planes a largo plazo si queremos que ésta resulte eficiente. La planificación supone un mandato del legislador a los órganos de contratación, en este sentido el artículo 28.4 de la LCSP establece que:

«Las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o periodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada».

Si esta labor de planificación es necesaria y obligatoria en las licitaciones ordinarias, en las licitaciones complejas, como las de CPTI, resulta fundamental. La materialización de esta labor planificadora se podría llevar a cabo estableciendo un diagrama de Gantt¹ para tener en cuenta todas las tareas necesarias, distribuir responsabilidades e identificar claramente las relaciones causales entre las etapas del proceso.

1. FASE PRELIMINAR

En esa fase preliminar la Administración tiene como objetivo fundamental delimitar la necesidad a la que se pretende dar satisfacción a través del contrato y si para satisfacer tal necesidad existe una solución disponible en el mercado. Si existe esa solución deberá acudir a los procedimientos de adjudicación tradicionales.

Una vez que se tenga la certeza de que no existe solución, será necesario cerciorarse que el mercado, el estado de la técnica y la capacidad innovadora de las empresas pueden llegar a dar solución a esa necesidad que se pretende satisfacer. Cuando se tenga esa certeza es cuando se ha de plantear la apertura de un procedimiento CPTI.

Pero antes de proceder, la Administración debe ser plenamente consciente que va a iniciar un proceso arduo y complejo, para el que va a necesitar dos elementos intrínsecamente escasos en la administración: tiempo y recursos.

¹ *Guía de contratación pública para profesionales*, Comisión Europea, edición de febrero de 2018.

El proceso de CPTI se sabe cuándo empieza, nunca se sabe cuándo y cómo termina. Como antes veíamos, la I+D se mueve inevitablemente en el ámbito de la incertidumbre, no se pueden determinar los tiempos con exactitud, las prisas suelen ser malas consejeras. Tampoco los resultados se pueden anticipar con un cien por cien de certeza. Por tanto, la Administración debe disponer de tiempo suficiente (varios ejercicios presupuestarios) si desea plantear un proceso de CPTI con posibilidades de concluir con éxito.

Pero ese proceso que se pretende activar va a requerir recursos tanto económicos como personales. Los recursos económicos (como veremos con más detalle en un Capítulo específico de este Manual) también se van a mover en el ámbito de la incertidumbre.

Por su parte, los recursos humanos encargados del proceso, que han de tener capacidad y formación específica tanto a nivel técnico como jurídico del ámbito del derecho administrativo y la contratación pública, van a requerir una intensa dedicación (exclusiva en algunas fases) al proceso de CPTI durante toda su duración. Si no se dispone de esos medios personales a nivel interno, se puede acudir a las cada vez más numerosas y competentes empresas consultoras para el apoyo en la gestión de estos procesos.

Esta exigente disponibilidad de recursos permite que la CPTI sea un escenario donde resulte especialmente recomendable explorar escenarios de demanda agregada, entendida en este caso como la búsqueda activa de otras Administraciones o entes del sector público que compartan la necesidad planteada y se muestren potencialmente interesados en explorar soluciones a través de la CPTI. Esa exploración de la demanda agregada a escala internacional en el ámbito de la Unión Europea está fuertemente incentivada con múltiples iniciativas y dotación de fondos específicos por parte de la Comisión.

La existencia de demanda agregada puede favorecer la constitución de consorcios o, a un nivel más específico, centrales de compra, que permitan compartir los recursos de que disponga cada administración.

Una vez comprobado que existen los recursos suficientes y que se cuenta como la complicidad de los órganos de fiscalización y control de la Administración correspondiente, y con la voluntad y el impulso político, se puede comenzar con el proceso de CPTI.

Por tanto, en esta fase previa que hemos identificado como necesaria y a la vez singular de la CPTI, la Administración actuante debe ser capaz de constatar a varias cuestiones que han de plantearse sucesivamente:

¿Tengo una necesidad identificada que no puedo cubrir con mis propios medios?

¿Estoy seguro que no existe una solución disponible en el mercado para satisfacer la necesidad que pretendo cubrir?

¿El estado actual de la técnica y la capacidad innovadora de las empresas hacen previsible que pueda desarrollarse una solución a esa necesidad?

¿Tengo tiempo suficiente (más de un ejercicio presupuestario) para que se investigue y desarrolle esa solución o se trata de cubrir una necesidad pública que precisa de una solución urgente?

¿Tengo un presupuesto abierto y suficiente?

¿Dispongo de recursos humanos (internos o externos) capacitados para coordinar, supervisar e impulsar el proceso en todas sus fases?

¿Está la administración (y quienes asumen la responsabilidad política de sus decisiones) preparada para gestionar la incertidumbre, es decir, está preparada para asumir que después de tanto esfuerzo y dedicación el resultado final puede que no sea el esperado?

Si las respuestas a todas y cada una de estas preguntas es positiva... ¡adelante!, pero basta que una de ellas falle para que sea recomendable que no se emprenda el proceso de CPTI y se exploren otras soluciones que a buen seguro las hay.

Las dos primeras cuestiones (si existe solución disponible y el estado de la técnica) se sitúan fuera del ámbito interno de la Administración y requieren de acciones de indagación y averiguación que orienten la toma de decisión. Para ello la Administración deberá entrar en contacto con el mercado (operadores económicos), se va a producir, por tanto, un contacto previo y directo con los potenciales licitadores, una participación anticipada que hasta la aparición de la nueva ley, el legislador contemplaba con recelo (pues podía implicar una vulneración del principio de igualdad entre los licitadores) y que ahora puede y debe convertirse en una práctica habitual en las licitaciones, muy especialmente en las licitaciones de CPTI.

1.1. Consultas preliminares al mercado

Entre las técnicas de análisis de mercado, las más destacadas y novedosas son las denominadas consultas preliminares al mercado, profusamente reguladas en el artículo 115 de la LCSP, según el cual:

«Los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos en el mismo con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los citados operadores económicos acerca de sus planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al procedimiento».

Obsérvese un detalle importante en la ubicación de este artículo 115: la Ley sitúa las consultas preliminares dentro de la sección 1.^a del Capítulo I del

Título I en la regulación de la preparación del contrato, por tanto, no es una práctica previa sino que forma parte del procedimiento administrativo especial que en definitiva es una licitación y ha de desarrollarse, por lo tanto, bajo la plena vigencia de los principios de la contratación pública.

Como contrapeso a ese potencial peligro de parcialidad o tratamiento no igualitario que pudiera implicar el contacto previo con los licitadores, a que hemos aludido, el legislador ha potenciado dos principios fundamentales con la imposición de medidas concretas: publicidad y transparencia:

«Antes de iniciarse la consulta, el órgano de contratación publicará en el perfil de contratante ubicado en la Plataforma de contratación del Sector Público o servicio de información equivalente a nivel autonómico, el objeto de la misma, cuando se iniciara esta y las denominaciones de los terceros que vayan a participar en la consulta, a efectos de que puedan tener acceso y posibilidad de realizar aportaciones todos los posibles interesados. Asimismo en el perfil del contratante se publicarán las razones que motiven la elección de los asesores externos que resulten seleccionados.»

(...) Cuando el órgano de contratación haya realizado las consultas a que se refiere el presente artículo, hará constar en un informe las actuaciones realizadas. En el informe se relacionarán los estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones que se les han formulado y las respuestas a las mismas. Este informe estará motivado, formará parte del expediente de contratación, y estará sujeto a las mismas obligaciones de publicidad que los pliegos de condiciones, publicándose en todo caso en el perfil del contratante del órgano de contratación».

Y lo que consideramos más importante para incentivar la participación de los empresarios en estas consultas:

«La participación en la consulta no impide la posterior intervención en el procedimiento de contratación que en su caso se tramite».

En realidad, la LCSP permite la realización de consultas previas a la adjudicación con la exclusión de cualquier participación que constituya un riesgo para la libre competencia y la igualdad de trato. La LCSP solo prevé dos restricciones a la participación de las empresas en las consultas preliminares. Una restricción directa consistente en que la intervención de la entidad en la delimitación preliminar del objeto del contrato no puede ser valorada como un aspecto positivo o preferente con respecto al resto de licitadores. Y una restricción indirecta relativa a la posibilidad de que la activa participación de la empresa en la consulta haya supuesto la concreción de unas características y prescripciones que únicamente puedan ser desarrolladas por la misma, es decir, que el participante se haya «apropiado» del objeto del contrato de tal modo que lo haya diseñado en atención a sus propias capacidades.

En definitiva, el comprador público tiene que evitar que las actuaciones previas con los agentes del mercado se traduzcan en ventajas desleales y falseamientos de la competencia².

Por otro lado, las consultas preliminares en CPI requieren la garantía efectiva de la confidencialidad, la igualdad de trato y la libre competencia. Estos principios aparecen recogidos en el artículo 1 de la LCSP y constituyen el límite infranqueable de las consultas preliminares al mercado. Sobre ello se pronunció el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley en estos términos:

«Finalmente, las consultas preliminares no pueden comportar la generación de incentivos o ventajas para las empresas participantes a la hora de adjudicarse los contratos. En otros términos, no pueden reconocerse como criterio preferente de adjudicación o como valor ponderable favorable a la misma el hecho de haber participado en el proceso de requerimiento de información.

Tampoco cabe que, del proceso de consultas preliminares, resulte un objeto contractual tan concreto y delimitado que solo se ajuste a las características técnicas de uno de los requeridos, de tal suerte que, de facto, queden excluidos otros eventuales oferentes. El resultado del requerimiento de información debe concretarse en la introducción de características genéricas, exigencias generales o fórmulas abstractas que aseguren una mejor satisfacción de los intereses públicos».

Respecto a los métodos a seguir por el comprador público para la realización de estas consultas, el Dictamen del Consejo de Estado, Núm. 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, impone la eficiencia, la innovación, la alta tecnología y la participación empresarial como los valores que deben regir estas actuaciones previas³.

² GIMENO FELIÚ, J. M. (2015), «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», *Observatorio de contratación pública*, <<http://www.obcp.es/>>.

³ Consejo de Estado, Dictamen Núm. 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, «Las consultas preliminares son una figura contemplada por las normas jurídicas europeas, que preconizan su establecimiento con carácter general en el ámbito de las relaciones contractuales públicas y privadas como método adecuado para favorecer la eficiencia económica. Así, se contempla en el artículo 2.302 del Proyecto de Código Contractual Privado Europeo, en el Plan de Acción sobre un derecho europeo de contratos más coherentes, hecho por la Comisión Europea en enero de 2003, y en el Draft Common Frame of Reference, de 2008. Constituyen, por otra parte, un instrumento adecuado para satisfacer las necesidades perseguidas con los contratos y la idoneidad de sus objetos y contenidos deben determinarse con exactitud, velándose en todo caso por la eficiencia, valorando la innovación y la incorporación de la alta tecnología y promoviendo la participación de las empresas».

Velando por estos principios, las consultas preliminares del mercado pueden comprender tres fases⁴ destinadas a estimular el mercado y definir adecuadamente el objeto de la CPI, aunque lo cierto es que la LCSP en ningún caso regula la forma en que deben materializarse estas consultas por lo que rige en todo caso la libertad de elección a la Administración sobre la forma de proceder.

A la primera fase nos hemos referido ya al determinar el proceso evaluativo de las necesidades de compra, que conlleva determinar con certeza la necesidad de compra del contratante identificando el ámbito objetivo y subjetivo de la consulta, es decir, las innovaciones potenciales que pueden satisfacer la necesidad y las empresas destinatarias con concreción del sector de actividad. El órgano de contratación tendrá que someterse a un examen interno en el que se describan las ventajas e inconvenientes del proceso de I+D+i y se evalúe la capacidad de la Administración para responder a la necesidad por medios propios así como para definir los bienes o servicios pretendidos⁵. En esta fase de planificación, el ente adjudicador tendrá que elegir la información que va a ofrecer a las empresas. Esta información no sólo debe tratar de la necesidad cuya solución requiere de I+D+i, sino que también tendrá que contener el plazo de celebración de la consulta, el precio estimado del contrato y el procedimiento de contratación.

La segunda fase estará protagonizada por el formato de la consulta. En este punto, es preciso recordar que el fin de la consulta preliminar es facilitar un primer contacto entre la Administración y el mercado, lo que resulta imprescindible en materia de CPI.

Por tanto, el comprador público debe adoptar el medio idóneo para la celebración de la consulta, pudiendo optar, acumulativa o alternativamente, por anuncios de información previa, encuestas, cuestionarios de mercado, entrevistas, seminarios, conferencias, jornadas, ferias industriales, *webinars*, etc.

Entre los múltiples formatos, destacamos el encuentro con el mercado o *meet the market event* (MTM) por ser, a nuestro parecer, el más apropiado para la CPI al permitir una mayor interacción entre la autoridad contratante y las empresas.

⁴ MATILLA VÁZQUEZ, F. J. (2016), «Las consultas preliminares al mercado. Clave para la eficiencia en la contratación pública», *Contratos del sector público*, <<http://www.contratosdel-sectorpublico.es/DocumentosWEB/08DocumentosdeTrabajo/Otros/consultas%20preliminares%20csp%20vdf.pdf>>.

⁵ Consejo de Estado, Dictamen Núm. 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, «*El proceso de planificación de compras y adquisición de bienes y servicios requiere la existencia de una certeza sobre la necesidad de llevarlas a cabo. Esta certeza se alcanza tras un examen de sus pros y contras, de la imposibilidad de satisfacer las necesidades por los propios medios de la organización y de definir los requisitos de los bienes y servicios a adquirir*».

Para que el MTM se celebre con éxito es de vital importancia la elaboración de un mapa de demanda temprana en el que se determinen los objetivos y requisitos de la consulta junto con la disponibilidad presupuestaria⁶.

La publicación de este mapa a tiempo puede reducir los riesgos y mejorar la planificación de la CPI de forma muy considerable⁷. Agregando la demanda temprana, el comprador público orienta la innovación de las empresas hacia el problema en cuestión.

En lo relativo a la forma de organizar el MTM, puede desarrollarse en una única discusión plenaria en la que el ente adjudicador exponga a modo de conferencia su necesidad y posteriormente, se abra un coloquio entre los asistentes. O bien, ante un número elevado de participantes, se podrán organizar mesas de debate tras un breve planteamiento de la situación.

La tercera parte de la consulta consistirá en dotar a la misma de la difusión suficiente, teniendo el gestor público que hacer uso de todos los medios a su alcance para hacer llegar al sector privado la información y la documentación de la consulta.

Una vez difundida la información, se recomienda la creación de un archivo y la realización de un seguimiento sobre las empresas que hayan mostrado su interés en contratar durante la celebración la consulta.

En materia de innovación es posible que el estímulo de solucionar los problemas de la Administración con ideas novedosas provenga del mismo mercado a través de propuestas u ofertas no solicitadas. Con estas propuestas las empresas se dirigen expresamente al órgano de contratación proponiéndole soluciones innovadoras a necesidades, presentes o futuras, de un determinado bien o servicio que el proponente tiene capacidad de desarrollar.

La gestión de estas ofertas no es fácil por cuanto que el comprador público tiene que detectar si la pretensión del ofertante consiste en crear una necesidad, y así obtener financiación, o en caso contrario, la oferta responde efectivamente a la solución de un problema.

Para que la Administración reciba estas ofertas, que en algunas ocasiones pueden ser calificadas de interés y en consecuencia, la causa de un procedimiento de contratación, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña propone la creación de un buzón de innovación al que los agentes

⁶ PEIRÓ BAQUEDANO, A. I. (2016), «Las consultas preliminares al mercado y su funcionamiento práctico. Experiencias sobre cómo llevar a cabo un Meet the Market Event», *Observatorio de contratación pública*, <www.obcp.es>.

⁷ Subdirección General de Fomento de la Innovación Empresarial, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y Observatorio de Contratación Pública, «Guía 2.0 para la compra pública de innovación», *op. cit.*, pp. 20 y ss.

privados podrán enviar ideas innovadoras aplicables a los ámbitos de actuación del sector público⁸.

En definitiva, a los efectos de la CPI, las consultas preliminares permiten comprobar la existencia de soluciones innovadoras en el mercado o/y el grado de adaptación e innovación que las mismas requerirían para cubrir las necesidades públicas objeto del contrato. En tal supuesto, si la tecnología no existe hasta el momento pero su desarrollo es factible a través de un proceso de I+D+i, la consulta determinará la elección de la CPP, mientras que si la tecnología necesaria no está disponible pero existen modelos o prototipos con los que se puede obtener en un período de tiempo estimado, la actuación previa conducirá a la CPTI⁹.

No está de más señalar que en la Plataforma de Contratación del Sector Público se vienen publicando en los últimos meses convocatorias de consultas preliminares con diferentes técnicas, siendo la más recurrente los cuestionarios por escrito que los participantes deben cumplimentar y enviar al órgano convocante. Se trata de una técnica sencilla que puede resultar válida para licitaciones de objeto sencillo, pero entendemos que resultaría insuficiente en licitaciones CPTI en que se debe producir un intercambio de información basado en un diálogo fluido entre la administración y los empresarios potencialmente interesados. En estos casos entendemos que es necesario convocar actos públicos con presencia física de las empresas; esto es, lo que hemos denominado «Encuentro con el Mercado» (*Meet-The-Market event*, MTM)¹⁰.

1.2. Mapas de demanda temprana

La elaboración y publicación de mapas de demanda temprana por parte de la administración promotora constituye otra de las técnicas para la planificación de las licitaciones CPTI que se situaría en el tiempo con carácter previo

⁸ Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña (2012), «Guía de buenas prácticas para el fomento de la I+D+i en el ámbito de la contratación pública. La integración de medidas de fomento de la I+D+i en la contratación pública».

⁹ PEIRÓ BAQUEDANO, A. I. (2016), «Las consultas preliminares al mercado y su funcionamiento práctico. Experiencias sobre cómo llevar a cabo un Meet the Market Event», *op. cit.*, p. 2.

¹⁰ Un MTM debe ser organizado con antelación (el tiempo mínimo recomendado son tres meses). Requiere que los plazos y la localización de los recursos estén eficientemente planificados. Cuando las necesidades y objetivos están claramente definidos es crucial transmitir esta información a los potenciales licitadores (especialmente en los sectores del mercado donde puedan encontrarse soluciones) lo antes posible y en un formato adecuado, dando difusión y cobertura por una amplia gama de canales. En este sentido la comunicación electrónica puede resultar una herramienta muy útil. Véase, PEIRÓ BAQUEDANO, «Las consultas preliminares al mercado y su funcionamiento práctico. Experiencias sobre cómo llevar a cabo un Meet-the-Market-Event», *op. cit.*

a las consultas preliminares al mercado. Se trata de una técnica unilateral pues se inicia y desarrolla en el ámbito de la Administración, una iniciativa con una finalidad meramente informativa que no pretende ninguna respuesta expresa y a corto plazo por parte del mercado.

El mapa de demanda temprana permite anticipar al mercado los planes de contratación previstos por parte de la Administración. 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 uniones temporales 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 mercado¹¹.

Normalmente se utiliza esta técnica asociada al ámbito de la CPTI, en el que el mapa de demanda temprana es un listado de necesidades identificadas en nuestro entorno sin solución en el mercado que son susceptibles de proyecto CPI, ya que reúnen los requisitos, técnicos económicos, de financiación y de impacto¹².

2. PREPARACIÓN DE LICITACIONES DE CPTI

En la fase previa, desarrollada en el apartado anterior, la Administración ha recopilado información suficiente para orientar la toma de decisión sobre si existen elementos suficientes para emprender un proceso de CPTI, si recurrir a procedimientos de licitación ordinarios, o simplemente decidir no hacer nada y esperar a que el mercado desarrolle por sí mismo y sin incentivos públicos la solución que se ajuste a la necesidad que desea satisfacer.

Adoptada la decisión de iniciar el proceso de CPTI, la Administración promotora debe someterse a las reglas generales de preparación de los contratos establecidas en la sección 1.^a del Capítulo I del Título I de la LCSP.

2.1. Aprobación del expediente

La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato (artículo 116

¹¹ <www.cpi.aragon.es>.

¹² CPI: *Definición del Mapa de demanda temprana*, Luisa Dugo, julio 2016, <www.prezi.com>.

y siguientes LCSP). Los procedimientos de CPTI no están exentos de este trámite que requiere la justificación adecuada de los siguientes elementos, cuya definición ha debido quedar resuelta en la fase preliminar:

- La elección del procedimiento de licitación.
- La clasificación que se exija a los participantes.
- Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.
- El valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen.
- La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.
- En los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios.
- La decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato, en su caso.

Como vemos, el primer apartado que contiene el pliego es la mención del procedimiento de licitación elegido.

2.2. La elección del procedimiento de adjudicación

Como venimos reiterando a lo largo de este Manual, la CPTI no es un procedimiento de licitación. En principio cualquiera de los procedimientos regulados en la Ley puede ser utilizado. Pero, como antes avanzábamos, ocurre que los procedimientos ordinarios (abierto y restringido) que son los más sencillos y resultan más cómodos de usar por los gestores debido a que generalmente acumulan una amplia experiencia en su manejo, también son los que menos se adaptan a las necesidades de la CPTI que requiere un contacto directo con los licitadores y generalmente una negociación, primero para terminar de definir el objeto y, segundo, para fijar los términos y condiciones del contrato.

Por tanto, si consideramos el contacto y la negociación con los licitadores como algo intrínseco a las licitaciones CPTI, debemos descartar la utilización del procedimiento abierto y del restringido ya que en ambos casos la ley prohíbe toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes, candidatos o licitadores (arts. 156.1 y 160.3).

Pero sucede que los procedimientos extraordinarios si bien son los que mejor se ajusta son a la vez los más complejos:

Características de los distintos procedimientos ajustados a la CPTI	Procedimientos ordinarios: Abierto y restringido	Procedimientos extraordinarios: Negociado, dialogo competitivo y AI
Seguridad jurídica (procedimiento)		
Control de plazos y tiempos		
Duración del proceso		
Complejidad y recursos utilizados		
Grado de satisfacción de las necesidades		
Ahorro de recursos a largo plazo		
Impugnabilidad (Recurso especial)		

Fuente: elaboración propia.

Es precisamente en materia de procedimientos donde se ha producido el gran avance de la nueva ley en materia de CPTI, ya que se ha creado y regulado un procedimiento específico: la asociación para la innovación a la que le dedicamos un capítulo específico en el presente Manual. Sin perjuicio de lo que dijimos en el Capítulo anterior sobre las características generales de los distintos procedimientos que pudieran resultar adecuados, analizamos a continuación con mayor detalle las posibilidades que brindan los otros dos procedimientos, procedimiento con negociación y diálogo competitivo, a las finalidades de la CPI:

Ambos procedimientos son utilizables en los mismos supuestos, los enumerados en el artículo 167. Parece que el legislador al regular esta materia tenía en la cabeza las licitaciones CPTI, ya que cuatro de los seis supuestos previstos son situaciones que se dan en este tipo de licitaciones:

a) Cuando para dar satisfacción a las necesidades del órgano de contratación resulte imprescindible que la prestación, tal y como se encuentra disponible en el mercado, sea objeto de un trabajo previo de diseño o de adaptación por parte de los licitadores.

b) Cuando la prestación objeto del contrato incluya un proyecto o soluciones innovadoras.

c) Cuando el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas debido a circunstancias específicas vinculadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera de la prestación que constituya su objeto, o por los riesgos inherentes a la misma.

d) Cuando el órgano de contratación no pueda establecer con la suficiente precisión las especificaciones técnicas por referencia a una norma, evaluación técnica europea, especificación técnica común o referencia técnica, en los términos establecidos en esta Ley.

La dinámica de ambos procedimientos es parecida, ambos remiten las normas y el proceso para la selección de candidatos en el procedimiento restringido y en ambos existe un contacto (negociación o diálogo) directo con los candidatos. En cuanto a las diferencias más destacas entre uno y otro:

Licitación con negociación	Diálogo competitivo
El objeto del contrato (obra, producto o servicio) está perfectamente definido	Existe un menor grado de definición del objeto. El poder adjudicador no conoce con precisión la forma de satisfacer una necesidad que tiene y precisa que el mercado le aporte soluciones.
El poder adjudicador identifica una serie de elementos que son negociables	El poder adjudicador plantea un diálogo con los licitadores para llegar a determinar la solución idónea
La ley no prevé el pago de primas o compensaciones a los licitadores	La ley prevé el pago de primas o compensaciones a los licitadores

Fuente: elaboración propia.

Será, por tanto, el grado de definición del objeto del contrato el que marque la selección de uno u otro procedimiento, caracterizados ambos por una intensa relación con los licitadores.

La propia LCSP en su artículo 28.1 reconoce esa diferencia en el grado de precisión en la definición del objeto del contrato y permite implícitamente que en los procedimientos negociados con publicidad y de diálogo competitivo no sea necesaria una definición tan precisa, dado que,

«Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación».

El derogado texto refundido de la Ley de Contratos de 2011 dirigía expresamente los procesos de CPTI hacia el diálogo competitivo y con una tipología concreta: los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. Desaparecida esta tipología en la nueva ley, el órgano de contratación recurrirá al contrato de obra, servicio o suministro, según naturaleza del objeto del contrato y al procedimiento de adjudicación que mejor se adapte a sus necesidades.

2.3. Los Pliegos

«Al expediente se incorporarán el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato» (art.116.3 LCSP).

Obligación predicable de las licitaciones CPTI, en las que también hemos de contar con los dos pliegos presentes en todas las licitaciones: Pliegos de cláusulas administrativas particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Este segundo tiene muchas peculiaridades en el ámbito de la CPTI, que serán abordadas de manera precisa en el presente manual. Por lo que nos centramos en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

Los PCAP de licitaciones CPTI deben incluir el contenido obligatorio previsto en la ley para los pliegos de todas las licitaciones (art. 122.2 LCSP):

- Criterios de solvencia y adjudicación del contrato.
- Las consideraciones sociales, laborales y ambientales que, como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan.
- Los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato.

- La previsión de cesión del contrato salvo en los casos en que la misma no sea posible de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 214.1.
- La obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación.

Este artículo 122.2 de la LCSP incluye un párrafo que se separa de la enumeración expuesta dejando de ser una obligación para ser una opción del órgano convocante, que en el campo de la CPTI es necesario tener muy presente y dejar debida constancia en el pliego:

Los pliegos podrán también especificar si va a exigirse la transferencia de derechos de propiedad intelectual o industrial, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 308 respecto de los contratos de servicios.

Como norma general antes de iniciar la redacción del pliego debemos hacer una primera recomendación: huir de los pliegos tipo o modelos de pliego. Las licitaciones CPTI son muy especiales, su desarrollo íntegro no responde a la secuencia normal de los procedimientos de adjudicación ordinarios, el gestor deberá enfrentarse al temido «folio en blanco» si quiere que el guion le lleve hasta el final esperado y deseado. No nos sirven, por tanto, los pliegos tipo, esos de uso y abuso tan extendido que en muchos casos tienen exactamente el mismo contenido sea una obra, un servicio o un suministro y sea el procedimiento que sea, limitándose a remitir todo el contenido singular (y útil para el licitador) a unos interminables anexos e indescifrables cuadros resúmenes que suponen un galimatías para los licitadores y una agresión al lenguaje en su expresión escrita.

Si queremos que nuestra licitación CPTI no fracase desde el primer momento, debemos huir de estos corsés que suponen los modelos de pliegos, generando un pliego a medida para cada licitación con las explicaciones que sean necesarias, con una descripción pormenorizada de todas y cada una de las fases y de la forma de actuar del órgano de contratación.

Muchas de las licitaciones CPTI han fracasado por este erróneo planteamiento. Los órganos gestores han pretendiendo acelerar precisamente en el elemento más crucial que es el pliego, que insistimos establece el guion completo de la licitación y como reiteradamente sostiene la jurisprudencia es «ley del contrato». Como el guion de una obra de teatro, la precisa redacción de los pliegos es la clave del éxito de la licitación y requerirá, por tanto, tiempo y recursos.

La Administración promotora de la licitación CPTI, habrá de tener en cuenta en el planteamiento inicial lo dispuesto con carácter general para todas las licitaciones en el artículo primero de la ley:

«En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social».

También deberá tener presente y recoger en el pliego el mandato contenido en el artículo 202 LCSP sobre condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden que recordemos su carácter obligatorio también en las licitaciones CPTI:

«En todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera el apartado siguiente».

En este caso nos volvemos a encontrar con la dificultad añadida de la obligatoria vinculación de estas condiciones especiales de ejecución con un objeto del contrato impreciso.

Analizamos a continuación en una serie de aspectos singulares que deben ser tenidos en cuenta en las licitaciones CPTI a la hora de redactar el PCAP:

2.4. Delimitación del objeto del contrato

Como señalábamos en el Capítulo I de esta obra, uno de los obstáculos jurídicos con el que se encontraba el desarrollo de la CPTI era que el alto grado de indefinición del objeto chocaba con la expresa exigencia legal de objeto cierto y determinado en la contratación pública. El artículo 86 del derogado texto refundido exigía taxativamente:

«El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado».

Una interpretación estricta y, a mi juicio, excesivamente ortodoxa de esta exigencia, cuestionaba cualquier posibilidad de iniciar una licitación cuyo objeto partía con un alto grado de indeterminación, no en vano, en una aproximación que simplifica al máximo el concepto, a través de la CPTI se pretende adquirir algo que aún no existe, es decir, algo absolutamente indeterminado.

La nueva Ley ataja este problema y presenta una nueva definición del objeto del contrato que concuerda con los elementos esenciales de la CPTI. Así el artículo 99.1 establece:

«El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades

concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten».

Mantiene pues la exigencia de objeto determinado, pero permite definir ese objeto en atención a necesidades que se pretende satisfacer sin determinar por completo el objeto del contrato, hecho que concuerda con la esencia de la CPTI.

Por tanto, salvado el escollo jurídico que planteaba el texto refundido, la administración dispone de cierto margen para definir el objeto del contrato, o mejor dicho, para no definirlo con la precisión que se exigía antes.

Es evidente que un grado de definición del objeto es siempre necesario. Mientras más descripción, más y mejor podrán precisar los licitadores sus ofertas y se garantizará de esta forma un mayor nivel de concurrencia.

Es preciso como mínimo (y puede parecer una obviedad) llegar a determinar la tipología del contrato, definiendo si lo que demanda la administración es una obra, un suministro o un servicio. También en la medida de lo posible, es necesario establecer el código CPV (*Common Procurement Vocabulary*), que se antoja fundamental ya que lo normal es que las licitaciones CPTI superen los umbrales comunitarios y esté sujetas a regulación armonizada y es en estas licitaciones con vocación internacional donde el CPV adquiere su verdadero sentido e importancia.

2.5. Requisitos de solvencia

Otro de los aspectos que obligatoriamente debe recoger el pliego son los criterios de solvencia técnica y económica.

En los procesos de CPTI se ha de velar por mantener el equilibrio entre la exigencia de unos requisitos de solvencia que permitan la participación de las empresas experimentadas y con capacidad innovadora que verdaderamente puedan aportar soluciones, pero sin que tales exigencias supongan un obstáculo a la PYMES o micro PYMES con alta capacidad innovadora (*start up*) pero con escaso bagaje profesional y generalmente poca experiencia como empresa.

La nueva ley, en línea con el objetivo de fomentar la participación de las PYMES en la contratación pública, ha creado una excepción que puede resultar muy útil para salvar esta aparente contradicción: en los contratos de obra, servicios y suministros (artículos 88, 89 y 90 LCSP) se establece en relación a los criterios de solvencia técnica:

«En los contratos no sujetos a regulación armonizada, cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiendo por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años, su solvencia técnica se acreditará por uno o varios de los medios a que se refieren las letras b) a i) anteriores, sin que en ningún caso sea aplicable lo establecido en la letra a), relativo a la ejecución de un número determinado de servicios (obras o suministros)».

Además, se trata de una obligación genérica proclamada en el artículo 1.3 LCSP:

«En toda contratación pública (...) se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social».

2.6. Criterios de adjudicación

Tanto los pliegos reguladores de un procedimiento negociado como el documento descriptivo de un diálogo competitivo deben contener obligatoriamente los criterios de adjudicación y su ponderación correspondiente, así lo establece de forma expresa la ley (artículos 166.2 y 174.3). Para ello se utilizarán los criterios enumerados en el artículo 145, siguiendo las mismas reglas y partiendo de la regla básica de su apartado primero:

«La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio».

La determinación de los criterios de adjudicación constituye la parte esencial de cualquier pliego o de cualquier documento descriptivo, su claridad y grado de definición determina el éxito o el fracaso del procedimiento.

La ley exige que los criterios estén vinculados con el objeto del contrato, por lo que en los procedimientos CPTI en los que el objeto del contrato no está del todo definido se hace especialmente complejo establecer con exactitud dichos criterios.

En estas licitaciones también será generalmente aplicable la regla establecida en el artículo 145.3, que contiene los supuestos en los que resulta obligatoria la aplicación de más de un criterio de adjudicación en los que hasta tres de estos supuestos concuerdan con los elementos que se pueden encajar perfectamente en licitaciones CPTI:

a) Aquellos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deban ser presentados por los candidatos o licitadores.

b) Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas o por reducciones en su plazo de ejecución.

c) Aquellos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.

Es importante incidir en la dificultad y especial esmero que requiere el diseño y ponderación de los criterios de adjudicación del contrato. Téngase en cuenta que en los procedimientos con negociación la ley establece en el artículo 169.5 una limitación en los aspectos negociables que resulta fundamental y limita bastante el campo de acción del órgano contratante, obligándole a establecer de antemano unos criterios de adjudicación perfectos que será imposible retocar y adaptar durante el proceso de negociación:

«No se negociarán los requisitos mínimos de la prestación objeto del contrato ni tampoco los criterios de adjudicación».

Desconocemos cual será el alcance real de esta limitación que en una aplicación estricta bloquearía por completo las posibilidades de negociación. El criterio de adjudicación más recurrente y cuya presencia resulta obligatoria es el precio, o bien, un criterio relacionado con los costes ¿significa la limitación del 169.5 que no se puede negociar el precio o los costes del contrato? ¿o el plazo de ejecución?

Lo normal es entender que la limitación afecta a los criterios de adjudicación que se han de tener en cuenta para seleccionar la oferta con la mejor relación calidad-precio que en ningún caso se pueden eliminar ni sustituir por otras ni variar su ponderación a lo largo del proceso negociador, entendemos que sí debe estar permitido negociar sobre los criterios de adjudicación. Una cosa es negociar sobre el precio del contrato y otra cosa es negociar si el precio del contrato se elimina como criterio de adjudicación o se altera su ponderación o la puntuación asignada en la valoración de las ofertas. Entendemos que lo primero está permitido y que lo segundo es lo que parece razonable que se prohíba, pues de ser así supondría una alteración de las reglas del juego y una desviación de la preceptiva vinculación de la administración a lo dispuesto en el pliego. De no ser esta la interpretación del alcance del referido precepto, la capacidad y margen de negociación quedarían prácticamente anulados, eliminado el elemento nuclear de este procedimiento que es la negociación.

2.7. El tratamiento de la confidencialidad

Sin perjuicio de lo que avanzábamos con carácter general sobre esta cuestión en el Capítulo I de esta obra, debemos recordar que deber de confiden-

cialidad del órgano de contratación, así como de sus servicios dependientes se encuentra regulado en el artículo 133 LCSP:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.

El deber de confidencialidad del órgano de contratación, así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles».

Actúa, por tanto, como límite a los principios de publicidad y transparencia. No toda la información a la que tenga acceso el órgano de contratación puede ser divulgada.

La aplicación de esta regla aparentemente simple, puede resultar de una enorme complejidad en los procedimientos CPTI en los que se establece una negociación y un diálogo con los licitadores y en ocasiones puede resultar necesario aludir a las soluciones planteadas por otro licitador a fin que los demás las igualen o mejoren. En previsión de que surja esta necesidad, la ley prevé tanto en el procedimiento con negociación como en el diálogo competitivo una regla que permite flexibilizar la regla general del 133 que prohíbe a los órganos de contratación divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta con el consentimiento previo, expreso y singular del interesado.

Así, el artículo 169.7 establece en relación a la tramitación del procedimiento con negociación que:

«En el curso del procedimiento las mesas de contratación y los órganos de contratación cumplirán con su obligación de confidencialidad en los términos establecidos en esta Ley, por lo que no revelarán a los demás participantes los datos designados como confidenciales que les haya comunicado un candidato o licitador sin el previo consentimiento de este. Este consentimiento no podrá tener carácter general, sino que deberá especificar a qué información se refiere».

Por su parte, el artículo 175.2 LCSP en relación con el procedimiento de diálogo competitivo ofrece la misma excepción:

«Durante el diálogo, la mesa dará un trato igual a todos los licitadores y, en particular, no facilitará, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto.

La mesa no podrá revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que este les comunique sin previo consentimiento de este, en los términos establecidos en el apartado 7 del artículo 169».

Sería recomendable que, en la redacción de los pliegos, tanto en uno como en otro caso, se mencionara expresamente esta posibilidad porque entendemos que la mención a las soluciones técnicas plantadas por otros candidatos en los procedimientos de CPTI, va a resultar necesaria para avanzar de forma eficiente en el diálogo o en la negociación.

La regulación del procedimiento singular de la CPTI, la asociación para la innovación, también contiene esta excepción, la cual viene a confirmar que resulta más que previsible su activación en los procesos de CPTI, artículo 180.2.

En el caso de las asociaciones para la innovación con varios socios, el órgano de contratación no revelará a los otros socios las soluciones propuestas u otros datos confidenciales que comunique un socio en el marco de la asociación sin el acuerdo de este último. Este acuerdo no podrá adoptar la forma de una renuncia general, sino que deberá referirse a la comunicación intencionada de información específica.

3. EN ESPECIAL, EL PROCEDIMIENTO DE ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN

Francisco Montes Worboys

Abogado especialista en contratación pública
Letrado (en excedencia) del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía
Ex Letrado del Tribunal Supremo

3.1. Introducción

Como se viene insistiendo a lo largo de la presente obra, uno de los principales objetivos de la Estrategia Europa 2020, para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, es la incitación de una economía europea basada en el conocimiento y la innovación empresarial, especialmente en las PYMES.

Esta idea ha ido impregnando, progresivamente, el contenido de las sucesivas Directivas de contratación pública y, en consecuencia, ha tenido su re-

flejo en las normativas nacionales de transposición. Si bien, hasta ahora, tan sólo existían mecanismos o herramientas que, utilizadas en el seno de los procedimientos tradicionales de contratación, permitían que los poderes adjudicadores pudiesen indagar o incluso dialogar con los operadores económicos para la búsqueda de nuevos productos, servicios u obras inexistentes en el mercado. Es por ello que los trabajos preparatorios de la última generación de Directivas del año 2014 se preocupan de introducir en la legislación un procedimiento específico, ideado con la finalidad de servir de catalizador de la adquisición de bienes, obras o servicios aún no existentes en el mercado, pero que pueden llegar a existir y permitan satisfacer necesidades de los poderes adjudicadores.

Si profundizamos algo más, debemos centrarnos en la propia terminología utilizada por las Directivas comunitarias que para referirse a este nuevo procedimiento utilizan la expresión «*Innovation partnership*» en la versión inglesa o «*Partenariat d'innovation*» en la francesa, que trasladan la idea de innovación y participación o asociación.

Según la RAE la innovación es la creación o modificación de un producto, y su introducción en un mercado y la asociación es el conjunto de los asociados para un mismo fin y, en su caso, persona jurídica por ellos formada. Es decir, se parte de la base de que el procedimiento de licitación tendrá lugar mediante la colaboración entre el sector público y el privado.

Entre otros modelos, las Directivas europeas parecen mirar a la normativa de Estados Unidos, en especial la promulgada en las últimas décadas para la adquisición de material y equipamientos de defensa, y mediante la que se pretende que los ejércitos sean flexibles a la hora de promover prototipos y experimentación de proyectos y minimizar las pérdidas en caso de fracaso. Los componentes con financiación privada dentro del sistema permanecen como propiedad intelectual del desarrollador.

Como se expondrá, aunque se trate de un procedimiento ideado para cualquier tipo de contrato (obras, servicios o suministros), la utilidad o vocación real del mismo mira fundamentalmente a los suministros, especialmente en sectores como el sanitario, farmacéutico, el de la seguridad o defensa, o el de los servicios sociales. En el caso de obras o servicios, el sector medioambiental y del agua, es donde puede tener mayores potencialidades. Por su complejidad y utilizando la expresión de las propias Directivas, difícilmente podrá tener «tirón comercial» entre pequeñas y medianas empresas. Este procedimiento está llamado a los operadores o empresas con experiencia y entre cuyos objetivos estratégicos se encuentre la innovación y la prestación de servicios o bienes de especial valor añadido.

3.2. La regulación de la Asociación para la Innovación en la cuarta generación de Directivas de contratación pública

Como punto de partida para la adecuada comprensión de esta figura, hemos de acudir a la parte expositiva de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, pues incluye bastantes menciones a la innovación en general y, más en particular, a este nuevo procedimiento.

Para el legislador comunitario, 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, los poderes adjudicadores deben tener acceso a un procedimiento de contratación específico. Más concretamente, el considerando 49 explica que:

«Este procedimiento específico debe permitir 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, siempre que estos se ajusten a un nivel acordado de prestaciones y de costes, sin necesidad de recurrir a un procedimiento de contratación independiente para la adquisición. La asociación para la innovación debe basarse en la normativa aplicable al procedimiento de licitación con negociación y los contratos deben adjudicarse únicamente basándose en la mejor relación calidad-precio, que es la más indicada para comparar las ofertas de soluciones innovadoras. En lo que respecta tanto a los proyectos de gran envergadura como a los proyectos innovadores de menor calado, la asociación para la innovación debe estar estructurada de tal manera que genere el necesario “tirón comercial”, incentivando el desarrollo de soluciones innovadoras sin cerrar el mercado».

Las primeras ideas fuerza que se extraen de las pretensiones de las Directivas son, de un lado la necesidad de que se delimite en la documentación preparatoria y que rijan la licitación (con negociación) un nivel mínimo de prestaciones y máximo de costes; de otro, la necesidad de ponderar únicamente como criterio de valoración la mejor calidad precio, prescindiéndose, por tanto, de solo el precio, pero también de otros elementos como los criterios medioambientales o sociales. Además, dado que se trata de buscar nuevos productos o servicios, lo que implica cierta inversión por parte de los operadores económicos, el proceso debe incentivar o facilitar el interés de éstos, vía abono de parte de los costes incurridos en caso de fracaso o mediante la salvaguarda de los derechos de la propiedad intelectual o industrial, por ejemplo, pero sin cerrar el mercado de cara al futuro.

Así, se añade que *«Los poderes adjudicadores, por tanto, no deben utilizar las asociaciones para la innovación de tal manera que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada»*. Es por eso que, para evitar esos efec-

tos, se intenta fomentar el establecimiento de asociaciones para la innovación con varios socios.

Aunque, como se explicará, el procedimiento, que tiene carácter excepcional, implica —como es lógico— ciertas restricciones de la normal competencia (precisamente porque se trata de fomentar productos, bienes o servicios no existentes), debiendo asegurarse el órgano de contratación, a fin de evitar la pérdida del tiempo y de dinero, que los candidatos que participen y con los que se negocie realmente estén en condiciones de poder desarrollar posteriormente los prototipos resultantes.

Así, el considerando 84 cuando explica las medidas de las Directivas de favorecimiento de pequeñas y medianas empresas y la necesidad de reducir el exceso de cargas administrativas que conlleva la obligación de presentar un número sustancial de certificados u otros documentos relacionados con los criterios de exclusión y de selección (para lo que se crea el documento europeo único de contratación), explica que para las asociaciones para la innovación los poderes adjudicadores pueden aprovechar la posibilidad de limitar el número de candidatos invitados a presentar una oferta. Para el legislador europeo *«Exigir la presentación de la documentación complementaria en el momento de seleccionar los candidatos que vayan a ser invitados podría estar justificado para evitar que los poderes adjudicadores inviten a candidatos que se muestren incapaces de presentar la documentación complementaria en la fase de adjudicación, privando de la participación a otros candidatos cualificados»*.

Además de los artículos 31 y ss., son varios los preceptos de la Directiva que contemplan singularidades de este nuevo procedimiento. A título de ejemplo:

El artículo 2 apartado 12 al definir expresamente como «Candidato», frente al clásico o general de «licitador» al *«operador económico que haya solicitado una invitación o haya sido invitado a participar en un procedimiento restringido, en un procedimiento de licitación con negociación o en un procedimiento negociado sin publicación previa, en un diálogo competitivo o en una asociación para la innovación»*. Destacándose así el carácter restringido o no abierto del procedimiento.

Y el artículo 5.6, a la hora de regular el cálculo del valor estimado de la contratación, determinándose que en este tipo de procedimientos el valor que se tendrá en cuenta será el valor máximo estimado, IVA excluido, de *«las actividades de investigación y desarrollo que se realizarán a lo largo de todas las etapas de la asociación prevista, así como de los suministros, servicios u obras que se desarrollarán y adquirirán al final de la asociación prevista»*. Como se desarrollará y a salvo de lo expuesto con mayor profundidad en el Capítulo de esta obra, la determinación apriorística del valor estimado de este

tipo de contratos, aún aproximada, resulta especialmente compleja y puede desalentar su utilización.

Pero como decimos, es el artículo 31 de la Directiva general de contratos el que se ocupa de regular, de forma detallada para una Directiva, este singular y novedoso procedimiento. El artículo 31 lleva por rúbrica «Asociación para la innovación» y parte de una convocatoria de licitación que tendrá en cuenta elementos cualitativos (no sólo el precio), en la que se filtra previamente a los candidatos, aunque se permita que cualquier operador pueda presentar una solicitud de participación. Así, por exigencia de la propia Directiva, en los pliegos debe determinarse:

- La necesidad de un producto, servicio u obra innovadores (que no estén disponibles en el mercado). Especificándose de forma precisa la naturaleza y ámbito de la solución requerida.
- Los requisitos mínimos que han de cumplir los licitadores, debiendo tratarse de criterios relativos a la capacidad de los candidatos en los ámbitos de la investigación y del desarrollo, así como de la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras. Es decir, los licitadores deben tener experiencia en la innovación.
- Posibilidad y condiciones para rescindir la asociación para la innovación en cada fase o, si hubiera varios socios, reducir su número mediante la rescisión de los contratos individuales.
- El criterio de selección, que será la mejor calidad-precio.
- Las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual e industrial.

En cuanto al procedimiento, se inicia con la criba de las solicitudes de participación, para lo que se concederá un plazo de 30 días desde el envío del anuncio de licitación (recuérdese, en este punto, que las Directivas sólo se aplican para los contratos SARA). Una vez seleccionados los candidatos participantes, que podrán ser varios que efectúen por separados actividades de investigación y desarrollo, la asociación para la innovación se estructurará en fases sucesivas siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación, que partirán desde la creación de conocimiento hasta su aplicación para convertirlo en un producto o un servicio que incorpore nuevas ventajas para el mercado, o a la mejora de los procesos productivos, y a facilitar la introducción del producto o servicio resultante en el mercado, pudiendo llegar, en el mejor de los casos, hasta la fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras, pero —para el caso de que así no ocurriese— se establecerán unos objetivos intermedios que deberán alcanzar los socios y proveerá el pago de la retribución en plazos adecuados. Para evitar un incremento absurdo de costes, en las condiciones fijadas en los

pliegos, llegados a cada fase, podrá rescindirse toda la operación o reducirse el número de candidatos que continúen en la siguiente fase.

Por exigencias de la Directiva, el procedimiento se inspirará en la licitación con negociación, por ello —con pleno respeto al principio de igualdad de trato y confidencialidad— los licitadores podrán mejorar el contenido de las ofertas iniciales y todas las ofertas ulteriores presentadas por estos, excepto la oferta definitiva. Igualmente, podrán articularse fases sucesivas o eliminatorias.

Pero, más allá de las previsiones generales sobre negociación y selección, en las que se contempla que los operadores económicos a los que invite el poder adjudicador tras evaluar la información solicitada serán los que presenten los proyectos de investigación e innovación, el artículo 31 no determina de forma clara y ordenada cómo ha de articularse o materializarse el procedimiento.

Finalmente, el artículo 31 de la Directiva establece que el poder adjudicador velará por que la estructura de la asociación y, en particular, la duración y el valor de las diferentes fases 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.

Por lo demás, la Directiva contempla ciertas especialidades comunes para los procedimientos restringidos, los procedimientos de diálogo competitivo, en las asociaciones para la innovación y en los procedimientos de licitación con negociación. Concretamente, el artículo 54, relativo a la invitación simultánea y por escrito a los candidatos, pudiendo articularse mediante un anuncio de información previa. Estas invitaciones incluirán una referencia a la dirección electrónica en la que puedan consultarse directamente por medios electrónicos los pliegos de la contratación. Además, las invitaciones deberán ir acompañadas de los pliegos de la contratación, cuando éstos no hayan sido objeto de un acceso libre, directo, completo y gratuito. Las invitaciones incluirán la información prevista en el anexo IX¹³.

¹³ Anexo IX. Contenido de las invitaciones a presentar una oferta:

1. La invitación a presentar una oferta o a participar en el diálogo, prevista en el artículo 54, deberá incluir al menos:

- a) una referencia al anuncio de licitación publicado;
- b) el plazo para la recepción de ofertas, la dirección a que deban enviarse y la lengua o lenguas en que deban estar redactadas;
- c) en el caso del diálogo competitivo, la fecha y la dirección fijadas para el inicio de la consulta y la lengua o las lenguas que vayan a utilizarse;
- d) la indicación de los documentos que, en su caso, se deban adjuntar, ya sea en apoyo de las declaraciones verificables hechas por el licitador con arreglo a los artículos 59 y 60 y, cuando proceda, el artículo 62, ya sea como complemento a la información prevista en dichos artículos y en las condiciones previstas en los artículos 59, 60 y 62;

De igual modo, el artículo 65 permite en este tipo de procedimientos excepcionales (procedimientos restringidos, de licitación con negociación, de diálogo competitivo y las asociaciones para la innovación) la reducción del número de candidatos cualificados o que cumplan los criterios de selección a los que se invita a participar, siempre que se disponga del número mínimo.

En el anuncio de licitación o en la invitación se establecerán los criterios objetivos y no discriminatorios que piensen utilizar, el número mínimo de candidatos que tengan intención de invitar (tres y, en cualquier caso, suficiente para garantizar una competencia real) y, cuando proceda, el número máximo. Ello no obstante y si los invitados no cumplen los requisitos, el poder adjudicador podrá seguir adelante con el procedimiento invitando a los candidatos que cuenten con la capacidad exigida, sin que pueda incluir en el mismo procedimiento a otros operadores económicos que no hayan solicitado participar, o a otros candidatos que no posean las capacidades exigidas.

Además, el Anexo V. Parte C determina la información que debe figurar en los anuncios de licitación de estos procedimientos; a saber:

- Número mínimo y, en su caso, máximo propuesto de candidatos y criterios objetivos que se utilizarán para elegir a los candidatos en cuestión.
- Indicación, si procede, que se recurrirá a un procedimiento que se desarrollará en fases sucesivas con el fin de reducir progresivamente el número de ofertas que haya que negociar o de soluciones que deban examinarse.
- Plazo para la recepción de solicitudes de participación.

Para los denominados sectores excluidos o «especiales», la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, contiene un régimen prácticamente idéntico al de la Directiva general de contratos.

-
- e) la ponderación relativa de los criterios de adjudicación del contrato o, en su caso, el orden decreciente de importancia de esos criterios, si no figuran en el anuncio de licitación, en la invitación a confirmar el interés, en las especificaciones técnicas o en el documento descriptivo.

Sin embargo, en el caso de los contratos adjudicados a través de un diálogo competitivo o una asociación para la innovación, la información mencionada en la letra b) no figurará en la invitación a participar en el diálogo o a negociar, sino que se indicará en la invitación a presentar una oferta.

Así, el considerando 59¹⁴ contiene las mismas explicaciones justificativas de este tipo de procedimiento específico y el artículo 49 idéntica regulación para la Asociación para la Innovación. Como anticipábamos *ut supra*, es precisamente en sectores como el agua o la energía dónde mayor potencialidad puede encontrar este singular procedimiento.

La Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, no contempla, en cambio, el procedimiento de Asociación para la Innovación.

3.3. La transposición a la legislación española

Ante las dificultades para articular este novedoso procedimiento, prácticamente casi todos los Estados miembros se han limitado a reproducir, con algunas variantes, las previsiones de las Directivas, cuya regulación es bastante detallada en cuanto a principios, aunque, como también se ha indicado, poco ordenada o clarificadora.

En cualquier caso, el artículo 26.3 de la Directiva general de contratos contiene un mandato claro e incondicionado; así, al regular la elección de procedimiento se dispone que *«Los Estados miembros establecerán que los poderes adjudicadores puedan aplicar asociaciones para la innovación según lo regulado en la presente Directiva»*. Por eso, los Tribunales especiales en materia de contratación especificaron que este procedimiento gozaba de efecto directo, desde 2016, si bien la realidad es que, al menos en nuestro país, no se articuló ningún procedimiento.

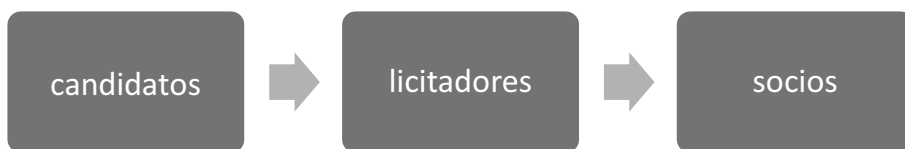
¹⁴ Considerando 59. *Cuando las soluciones ya disponibles en el mercado no puedan satisfacer una necesidad en relación con el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la adquisición ulterior de los suministros y servicios u obras resultantes, las entidades adjudicadoras deben tener acceso a un procedimiento de contratación específico respecto de los contratos que estén cubiertos por la presente Directiva. Este procedimiento específico debe permitir a las entidades adjudicadoras establecer una asociación para la innovación a largo plazo con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadores, siempre que estos se ajusten a un nivel acordado de prestaciones y de costes, sin necesidad de un procedimiento de contratación por separado para la adquisición. La asociación para la innovación debe basarse en la normativa aplicable a los procedimientos negociados con convocatoria de licitación previa, y los contratos deben adjudicarse únicamente basándose en la mejor relación calidad-precio, que es la más indicada para comparar las ofertas de soluciones innovadoras. En lo que respecta tanto a los proyectos de gran envergadura como a los proyectos innovadores de menor calado, la asociación para la innovación debe estar estructurada de tal manera que genere el necesario «tirón comercial», incentivando el desarrollo de soluciones innovadoras sin cerrar el mercado. Por lo tanto, las entidades adjudicadoras no deben utilizar las asociaciones para la innovación de tal manera que la competencia se vea obstaculizada, restringida o distorsionada. En determinados casos, el establecimiento de asociaciones para la innovación con varios socios podría contribuir a evitar esos efectos.*

La Exposición de Motivos de la LCSP, intenta clarificar cuándo y cómo acudir a este procedimiento, razonando que:

«En el ámbito de la innovación y desarrollo, con la idea de favorecer a las empresas más innovadoras, destaca especialmente la introducción del nuevo procedimiento de asociación para la innovación, el cual se ha previsto expresamente para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores, para su posterior adquisición por la Administración. Se trata, por tanto, de supuestos en que las soluciones disponibles en el mercado no satisfagan las necesidades del órgano de contratación».

Además, de forma más asequible que las Directivas, explica la filosofía y metodología de la Asociación para la Innovación. Así, el legislador español argumenta que: *«En relación con este nuevo procedimiento, la nueva Directiva perfila un proceso en el que tras una convocatoria de licitación, cualquier empresario puede formular una solicitud de participación, tras lo cual, los candidatos que resulten seleccionados podrán formular ofertas, convirtiéndose así en licitadores, en el marco de un proceso de negociación. Este podrá desarrollarse en fases sucesivas, y culminará con la creación de la asociación para la innovación. Esta asociación para la innovación se estructurará a su vez en fases sucesivas, pero ya no tendrá lugar entre el órgano de contratación y los licitadores, sino entre aquel y uno o más socios; y generalmente culminará con la adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes».*

De esta forma, los candidatos iniciales pueden llegar o no a ser socios de la estructura innovadora:



Siguiendo con la Exposición de motivos *«se trata, por tanto, de un procedimiento en el que podrían distinguirse, esquemáticamente, cuatro momentos diferenciados: selección de candidatos, negociación con los licitadores, la asociación con los socios, y la adquisición del producto resultante. A este esquema responden los artículos de la Ley dedicados a la regulación de este nuevo procedimiento».*



Además de diversas menciones a lo largo del articulado, en aspectos como la composición de la mesa, los precios provisionales u otras cuestiones tangenciales y comunes o similares a los procedimientos restringidos, de diálogo competitivo o negociación con licitación, la LCSP dedica básicamente seis preceptos, los artículos 177 a 182 al nuevo procedimiento en sí.

Siendo el artículo 177 el que resalta las características destacadas del procedimiento de Asociación para la Innovación, recordando —en línea con lo previsto en la Directiva— que su finalidad no es otra que el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre los órganos de contratación y los participantes. Se ha de caracterizar, así, por ser un procedimiento flexible y abierto, en el que una buena redacción de pliegos resulta fundamental.

De conformidad con el artículo 177.3 LCSP los contratos que se adjudiquen por este procedimiento se registrarán:

- a) En la fase de investigación y desarrollo, por las normas que se establezcan reglamentariamente, así como por las prescripciones contenidas en los correspondientes pliegos, y supletoriamente por las normas del contrato de servicios.
- b) En la fase de ejecución de las obras, servicios o suministros derivados de este procedimiento, por las normas correspondientes al contrato relativo a la prestación de que se trate. Huelga decir que si se trata de un contrato adjudicado por una Administración Pública el contrato tendrá naturaleza administrativa, mientras que si se adjudica por un poder adjudicador no Administración Pública, nos hallaremos ante un contrato de naturaleza privada, con las consecuencias que de ello derivan.

3.4. El procedimiento de Asociación para la Innovación en la LCSP

Si bien aún no se ha producido el desarrollo reglamentario de la Ley, podrán ser los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) los que regulen las reglas de licitación de este procedimiento, debiendo gozar —dada la flexibilidad que se predica de este nuevo procedimiento— de cierta elasti-

cidad o margen de maniobra ante las vicisitudes que puedan surgir, dentro de una estimación máxima de costes. En este singular procedimiento, como en cualquier otro, pueden distinguirse los: (a) trabajos previos o preparatorios de la licitación, (b) el procedimiento en sí de licitación, y (c) la adquisición del producto resultante que da comienzo a la fase de ejecución.

3.4.1. *Trabajos previos*

En el expediente de contratación se deberá justificar debidamente que en el mercado no existe la solución adecuada para satisfacer la necesidad que se persigue a través de la contratación. A tal efecto, el informe de necesidad recogerá esta singularidad. El mero fomento de innovación no será causa suficiente para la elección e inicio de este procedimiento; la causa determinante será la existencia de una necesidad por parte del órgano de contratación, ya sea para sí como medio de satisfacción de los intereses generales que tenga encomendado o para su puesta a disposición de la ciudadanía. Como bien expresa la Guía para la compra pública de innovación *«cabe presumir que el órgano de contratación habrá analizado previamente el mercado, en busca de bienes o servicios disponibles que cubran sus necesidades»*. Y sobre dichas gestiones de análisis se dejará constancia en el expediente.

En efecto, según la Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación, editada por *Procurement of Innovation Platform* con el apoyo de la Comisión Europea, para acudir a este procedimiento el órgano de contratación ha de plantearse las siguientes cuestiones:

- Si hay suficiente conocimiento en el mercado como para definir las prescripciones técnicas de la solución final (en caso contrario habrá de acudirse a la consulta preliminar del mercado).
- Si es necesaria I+D antes de la contratación.
- Si es preciso adquirir productos o servicios innovadores a escala comercial dentro del mismo procedimiento (en caso contrario podrá acudirse a la contratación pre comercial o CPP).

A la hora de preparar el expediente, es preciso tener en cuenta otra serie de singularidades:

Este tipo de procedimiento no está pensado para satisfacer necesidades inmediatas, sino soluciones aún no existentes a medio plazo, por lo que en el caso de tramitación de urgencia no cabe reducción de plazos ex artículo 119 LCSP.

Un aspecto siempre difícil es el cálculo del valor estimado del contrato, lo que determina, entre otras cuestiones, su consideración de contrato sujeto a

regulación armonizada o no, o la eventual impugnación mediante recurso especial en materia de contratación. Así, en cuanto al valor estimado y en consonancia con la Directiva de contratos, el artículo 101.14 LCSP dispone que se tendrá en cuenta el valor máximo estimado, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, de las actividades de investigación y desarrollo que esté previsto que se realicen a lo largo de la duración total de la asociación, y de los suministros, servicios u obras que esté previsto que se ejecuten o adquieran al final de la asociación prevista. Es decir, en el valor estimado se han de incluir dos tipos de costes: los de las actividades de investigación y el desarrollo y los —previsibles o estimados— de adquisición de los productos, obras y servicios, que siempre habrán de ser proporcionados. Como bien se explica en el Capítulo III de esta obra, una adecuada auditoría de costes, en esta fase, puede resultar fundamental para evitar desviaciones finales y, en definitiva, el fracaso del proceso por inadecuada planificación. En cuanto al valor estimado de los suministros, servicios u obras resultantes de todo el proceso, el artículo 182 in fine LCSP dispone que no será desproporcionado con respecto a la inversión necesaria para su desarrollo.

Una de las características generales de cualquier procedimiento de licitación es la necesidad de fijar un precio cierto, determinado o fácilmente determinado y que viene constituido por la oferta del candidato o candidatos aceptados que no podrá exceder del presupuesto máximo de licitación. Dadas las particularidades procedimentales y las dificultades para delimitar el presupuesto y valor estimado del contrato, el artículo 102.7 LCSP establece la posibilidad de acudir a precios provisionales en el procedimiento de Asociación para la Innovación, como veremos detenidamente en el próximo Capítulo de esta obra. Excepcionalmente pueden celebrarse contratos con precios provisionales cuando *«se ponga de manifiesto que la ejecución del contrato debe comenzar antes de que la determinación del precio sea posible por la complejidad de las prestaciones o la necesidad de utilizar una técnica nueva, o que no existe información sobre los costes de prestaciones análogas y sobre los elementos técnicos o contables que permitan negociar con precisión un precio cierto»*. En estos casos, el precio se determinará, dentro de los límites fijados para el precio máximo, en función de los costes en que realmente incurra el contratista y del beneficio que se haya acordado, para lo que, en todo caso, se detallarán en el contrato los siguientes extremos:

El procedimiento para determinar el precio definitivo, con referencia a los costes efectivos y a la fórmula de cálculo del beneficio.

Las reglas contables que el adjudicatario deberá aplicar para determinar el coste de las prestaciones.

Los controles documentales y sobre el proceso de producción que el adjudicador podrá efectuar sobre los elementos técnicos y contables del coste de

producción. Además, en los contratos celebrados con precios provisionales no cabrá la revisión de precios.

Por otro lado, y sin perjuicio de lo anterior, la LCSP recuerda las mismas exigencias de las Directivas en cuanto al contenido de los PCAP en este tipo de procedimientos, que deberá recoger, además de las previsiones generales de cualquier pliego —adaptadas del procedimiento de licitación con negociación—, de manera expresa y fácilmente comprensible, el contenido siguiente:

Deberán contener una mención o remisión al informe justificativo de inicio del expediente, a la necesidad que se pretende satisfacer con indicación del producto, servicio u obra innovador que no puede ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado.

Deberán indicar los elementos que configurarán los requisitos mínimos que tendrán que cumplir los candidatos que puedan pasar a licitadores que presente oferta. En cuanto a la declaración responsable (DOUE) a que se refiere la letra a) del artículo 140.1, pondrá de manifiesto adicionalmente que se cumple con los requisitos objetivos que se hayan establecido de acuerdo con el artículo 162 de la misma Ley.

Deberán contener la información necesaria y precisa que posibilite a los licitadores identificar la naturaleza de la solución requerida, el ámbito de la misma, a fin de que puedan decidir si participar en el procedimiento.

Deberán fijar los criterios de selección que, relacionados con la mejor calidad-precio, estén vinculados al objeto del contrato y relacionados con el ámbito de la investigación y el desarrollo, así como con la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras.

Deberán señalar las disposiciones aplicables en materia de propiedad intelectual e industrial.

Deberán establecer objetivos de costes máximos y fechas para cada hito, con la finalidad de evitar costes crecientes y el incumplimiento de los plazos previstos.

A la hora de regular en el PCAP la composición de mesa, rigen las reglas generales de los artículos 326 y ss. LCSP, con las singularidades del artículo 327 que prevé (como en el procedimiento de diálogo competitivo) para las licitaciones que celebren las Administraciones Públicas, la constitución de la mesa de contratación, debidamente publicada en el perfil del contratante y compuesta por un Presidente, los vocales que se determinen reglamentariamente, y un Secretario y a la que se incorporarán personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse la Asociación para la Innovación, designadas por el órgano de contratación. El número de estas personas será igual o superior a un tercio de los componentes de la

mesa y participarán en las deliberaciones con voz y voto. En el caso de poderes adjudicadores no Administración Pública, la constitución de una mesa con tales características no es preceptiva pero resulta siempre aconsejable como órgano de asistencia cualificado al órgano de contratación. En relación con este grupo cualificado, los artículos 326.2.e) y 326.3 LCSP disponen la posible delegación por parte de la mesa de contratación de la selección de los candidatos.

Insistimos, en suma, en que unos pliegos debidamente madurados y completos resulta fundamental para asegurar el éxito del proceso.

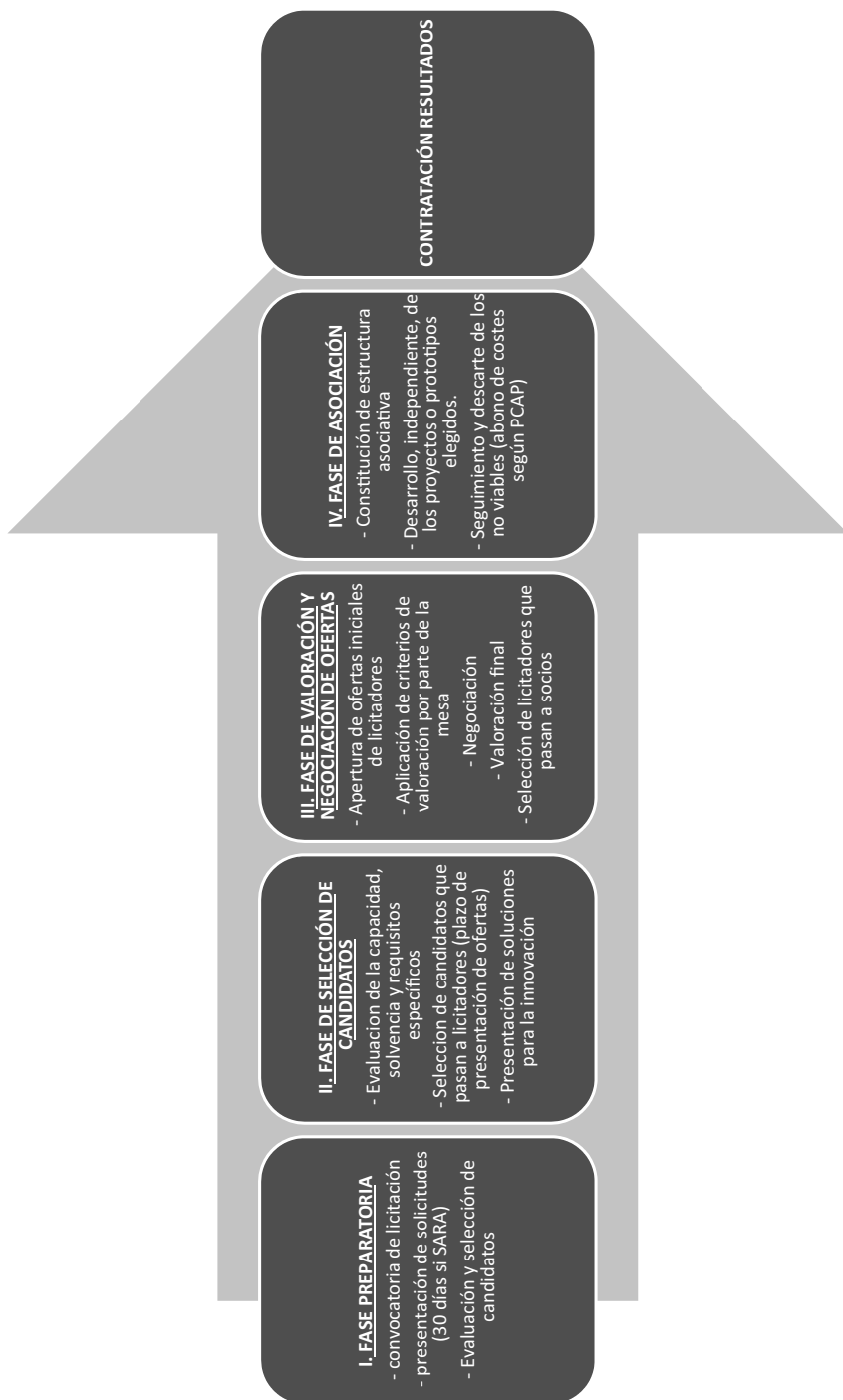
3.4.2. *El procedimiento en sí de licitación*

Una vez realizados los trabajos preparatorios y elaborados los PCAP que regirán la licitación, el órgano de contratación estará en condiciones de iniciar el procedimiento.

De entrada, hay que partir de la base de que se trata de un procedimiento nuevo y específico, pero que parte de la base o del esquema de un procedimiento de licitación con negociación, si bien una de las mayores singularidades es que, además de la articulación de una serie de etapas muy marcadas en las que los candidatos pasan a licitadores y, en su caso, a socios, la regla general es intentar que terminen el proceso varios candidatos. Ello no obstante, también es posible establecer una asociación con un solo operador sin perjuicio de las reglas de la Unión Europea sobre ayudas de Estado.

Además, aun siendo un procedimiento extraordinario, requiere el cumplimiento de los principios de publicidad, concurrencia, igualdad de trato y no discriminación por lo que, entre otras consecuencias, si un operador económico tiene conocimiento de la licitación podrá presentar su propuesta o candidatura, amén de las obligaciones sobre publicación del resultado del proceso o transparencia.

A modo de resumen, como se anticipaba y como procederemos a detallar, el procedimiento se articula en las siguientes cuatro fases, en la que los candidatos pasan a licitadores y, en su caso, a socios:



En base a ese esquema, hemos de proceder al análisis de las principales características del procedimiento.

1.º FASE PREPARATORIA.

Una vez aprobados los PCAP, el órgano de contratación ha de publicar los mismos y el anuncio de licitación (sin perjuicio de un posible Anuncio previo) en el perfil del contratante alojado en la Plataforma de Contratos del Estado o, en su caso, de la Comunidad Autónoma. Como ya se ha dicho, cualquier empresario que tenga conocimiento podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación, proporcionando la información sobre los criterios objetivos de solvencia que haya solicitado el órgano de contratación. Dada las singularidades de este procedimiento, parece que nada impediría, además, que pudiera invitarse específicamente a determinados operadores para que presenten solicitud.

El plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será de treinta días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación, cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada. En otro caso, dicho plazo no podrá ser inferior a veinte días contados desde la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante.

2.º FASE DE SELECCIÓN DE CANDIDATOS.

Una vez recibidas las solicitudes de participación, la mesa de contratación admitirá las presentadas en plazo y procederá a la selección de los candidatos. Para ello, y de conformidad con lo previsto en el artículo 178.3 LCSP se tendrán en cuenta los requisitos previos, los criterios objetivos de solvencia relativos a la capacidad de los candidatos en los ámbitos de la investigación y del desarrollo, así como en la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras establecidos en el PCAP.

Una vez efectuadas, por parte de la mesa, las anteriores comprobaciones, la mesa seleccionará a los solicitantes que pasan a ser candidatos y a los que se invitará a presentar proyectos de investigación e innovación destinados a responder a las necesidades señaladas por el órgano de contratación que no puedan satisfacerse con las soluciones existentes.

Como regla general, y por previsión del artículo 139 LCSP, las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en el 179 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes.

En esta fase de selección de capacidad o aptitud, los órganos de contratación podrán limitar el número de candidatos aptos que hayan de ser invitados a participar en el procedimiento, de conformidad con el artículo 162.2, siendo tres el número mínimo de empresarios a los que se invitará a negociar. Se

trata, en suma, de una fase de selección (que no de valoración) de las singulares exigencias de capacidad, en relación con la innovación, previstas en el PCAP.

3.º FASE DE NEGOCIACIÓN Y VALORACIÓN DE LOS PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN.

Una vez que se ha procedido a la selección de los solicitantes que pasan a ser candidatos, se les invitará a presentar sus proyectos de investigación e innovación para responder a las necesidades a cubrir, para lo que habrá de concederse un plazo común preclusivo —previsto en el PCAP—. En el mismo Pliego, al igual que en el procedimiento de licitación con negociación, se habrán establecido los criterios de valoración y los aspectos de negociación (sobre lo que no cabrá discusión), así como la documentación que han de aportar cada uno de los candidatos para que la mesa proceda a su valoración. Dado que los contratos se adjudicarán únicamente con arreglo al criterio de la mejor relación calidad-precio (según lo dispuesto en el artículo 145.2 LCSP) los candidatos habrán de aportar, junto con su estimación de propuesta económica —sin perjuicio de la posible utilización de precios provisionales— la propuesta técnica o proyecto en sí.

Como establece el artículo 179 LCSP, salvo que se disponga de otro modo, los órganos de contratación negociarán con los candidatos seleccionados las ofertas iniciales y todas las ofertas posteriores presentadas por estos, excepto la oferta definitiva, con el fin de mejorar su contenido. Por lo demás, rigen las reglas generales de los clásicos procedimientos negociados:

- Las negociaciones podrán desarrollarse en fases sucesivas, a fin de reducir el número de ofertas que haya que negociar, aplicando los criterios de adjudicación especificados en los PCAP (el órgano de contratación indicará claramente en el anuncio de licitación y en los PCAP si va a hacer uso de esta opción).
- Durante la negociación, los órganos de contratación velarán por que todos los licitadores reciban igual trato. Con ese fin, no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros. Informarán por escrito a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido eliminadas de todo cambio en las especificaciones técnicas u otros documentos de la contratación que no sea la que establece los requisitos mínimos. Partiendo de este esquema flexible y de estos posibles cambios se dará a los licitadores tiempo suficiente para que puedan modificar y volver a presentar ofertas modificadas.
- Como es obvio, los órganos de contratación adoptarán las medidas oportunas y no revelarán a los demás participantes los datos confiden-

ciales que les hayan sido comunicados por un candidato o licitador participante en la negociación sin el acuerdo previo y para determinada información específica de este.

Una vez concluida la negociación, que puede articularse mediante fases sucesivas (excluyentes de los candidatos que no obtengan la puntuación mínima), la Mesa seleccionará a los candidatos que pasan a ser socios, proponiendo la adjudicación al órgano de contratación y con los que se iniciará la fase de investigación y desarrollo, mediante la firma de los correspondientes contratos, en los que se establecerán las reglas de propiedad intelectual o industrial.

4.º FASE DE ASOCIACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO.

Posiblemente la parte más compleja jurídicamente y novedosa es la creación de la denominada por la Ley (cfr. artículo 180 LCSP) estructura de la Asociación para la Innovación en la que el/los candidato(s) seleccionado(s) y con los que se ha negociado pasan a ser seleccionados como socios de la Administración o poder adjudicador licitante. Sobre esta estructura o etapa, a falta del desarrollo reglamentario, el legislador deja bastante margen de maniobra a los órganos de contratación.

Llegados a este punto, los candidatos elegidos pasan a ser socios mediante la constitución la Asociación para la Innovación, que se estructurará en fases sucesivas siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación, pudiendo llegar a incluir la fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras. La Asociación para la Innovación fijará unos objetivos intermedios —por ejemplo, prototipos— que deberán alcanzar los socios y proveerá el pago de la retribución en plazos adecuados.

La relación con cada uno de los socios y sus proyectos será autónoma e independiente (aún relacionados con la misma obra, servicio o bien innovador que se persiga); así, sobre la base de esos objetivos intermedios, el órgano de contratación podrá decidir, al final de cada fase, resolver la asociación para la innovación porque se evidencie la imposibilidad de obtener el producto o servicio innovador o, en el caso de una Asociación para la Innovación con varios socios, reducir el número de socios mediante la resolución de los contratos individuales, siempre que el órgano de contratación haya indicado en los PCAP que puede hacer uso de estas posibilidades y las condiciones en que puede hacerlo. En ningún caso, la resolución de la Asociación para la Innovación o la reducción del número de candidatos participantes dará lugar a indemnización, sin perjuicio de la contraprestación que, en las condiciones establecidas en el pliego, corresponda por los trabajos realizados.

Una de las preocupaciones del legislador para que este procedimiento resulte atractivo a las empresas que destinan recursos a investigación y desarrollo es asegurar la confidencialidad y la salvaguarda de secretos comerciales o industriales. Por ello, el artículo 180 dispone que, en el caso de las asociaciones para la innovación con varios socios, el órgano de contratación no revelará a los otros socios las soluciones propuestas u otros datos confidenciales que comunique un socio en el marco de la asociación sin el acuerdo de este último (este acuerdo no podrá adoptar la forma de una renuncia general, sino que deberá referirse a la comunicación intencionada de información específica).

3.4.3. *La adquisición de los productos resultantes*

Finalizadas las fases de investigación y desarrollo, el órgano de contratación analizará si sus resultados alcanzan los niveles de rendimiento y costes acordados y resolverá lo procedente sobre la adquisición de las obras, servicios o suministros resultantes. Si bien nada dice la Ley al respecto y aunque pueda resultar un obstáculo para la más satisfactoria terminación, se da por sentado que —con la flexibilidad innata a este procedimiento— el plazo de investigación concluirá, si hubiere varios socios, al mismo tiempo para todos. El artículo 182 LCSP dedicado a la configuración y seguimiento de la Asociación para la Innovación por parte del órgano de contratación se limita a establecer que el órgano de contratación «*velará por que la estructura de la asociación y, en particular, la duración y el valor de las diferentes fases 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*». Añade la Ley que el valor estimado (precio resultante, en puridad) de los suministros, servicios u obras no será desproporcionado con respecto a la inversión necesaria para su desarrollo.

Como aclara el artículo 181 LCSP, las adquisiciones derivadas de asociaciones para la innovación se realizarán en los términos establecidos en el PCAP. Y según el citado artículo, cuando la asociación se realice con varios empresarios, la selección del empresario al que se deba efectuar dichas adquisiciones se realizará sobre la base de los criterios objetivos que se hayan establecido en el pliego, en el bien entendido que serán los que hayan comprometido en sus ofertas finales y que, al igual que la selección de los socios, se habrá fundamentado en la mejor calidad precio. Aquí se ha de reconocer que este punto del proceso resulta algo vidrioso. Tampoco queda claro si resulta necesario o no la firma de un nuevo contrato o la novación del contrato de innovación y desarrollo; en cualquier caso, el órgano de contratación dictará una resolución de adquisición.

Es muy importante que el producto, solución o bien seleccionado tenga una «arquitectura» abierta, de forma que no se cierre completamente el mercado de cara a mejoras, actualizaciones o reparaciones futuras.

Una vez seleccionado el empresario, comenzará el plazo de ejecución de la obra, entrega del suministro o del servicio y una vez entregado nacerá la correlativa obligación del pago del precio, período de garantía, etc. En el caso de que la adquisición de las obras, servicios o suministros conlleve la realización de prestaciones sucesivas, aquella solo se podrá llevar a cabo durante un período máximo de cuatro años a partir de la recepción de la resolución sobre la adquisición de las obras, servicios o suministros. En este sentido, el artículo 145.3 LCSP cuando dispone que el órgano de contratación adjudicará el contrato dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la documentación, y que —en este tipo de procedimientos— la adjudicación concretará y fijará los términos definitivos del contrato, no aclara si se refiere a una u otra fase.

CAPÍTULO III

LOS ASPECTOS TÉCNICOS Y ECONÓMICOS DE LOS CONTRATOS DE COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN

1. ASPECTOS TÉCNICOS

Carmen Millán Chacartegui

MBA Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT)
Especialista en gestión de proyectos tecnológicos

Como venimos diciendo, uno de los principales aspectos en los que difiere la CPI de los procesos tradicionales de contratación pública es que la primera requiere de un mayor grado de detalle y anticipación en la planificación estratégica. Es importante reconocer de antemano que existirán puntos críticos derivados de la falta de madurez de la tecnología que se implementa y prever que aparecerán riesgos adicionales debido a la carencia de experiencias previas con el producto innovador. Estos riesgos no son únicamente técnicos, como veremos a lo largo de este Capítulo. Por tanto, será fundamental contar con el apoyo y la estrecha colaboración entre del usuario final de la tecnología, la del agente que desarrolla el nuevo producto o servicio y el apoyo de la Administración que lo compra y lo pone en el mercado.

1.1. La importancia de abordar la compra pública de innovación como un proyecto específico que ha de planificarse con gran antelación y conforme a una metodología propia

Cualquier empresa o empeño, cualquier deseo de alcanzar un objetivo deseado, puede ser abordado como un proyecto. Desde la organización de una

conferencia, la organización de unas vacaciones o alcanzar un desarrollo profesional, se puede plantear como un proyecto. Es más, debería plantearse como un proyecto si se quiere conseguir obtener el resultado deseado en un margen de tiempo aceptable y sin exceder el presupuesto del que se dispone. Todo ello no es más que ser conscientes del tiempo empleado ello, de poner en valor los recursos existentes y de vigilar que los esfuerzos destinados a conseguirlo siguen la ruta establecida y no existen desvíos durante el proceso que nos impidan llegar a nuestro propósito final en la forma y tiempo determinados.

Un proyecto no es más que una estructura organizativa temporal que se establece con el fin de crear un producto o servicio único (un resultado) bajo unos condicionantes fijos que son: el tiempo disponible para llevarlo a cabo, un presupuesto limitado y unos requisitos mínimos de calidad para el producto o servicio final.

Que sea temporal significa que el proyecto tiene una fecha de inicio y un final establecidos. Que sea único implica que el proyecto no se ha llevado a cabo antes; es decir, el resultado puede llegar a ser similar a otro producto desarrollado anteriormente, pero siempre va a disponer de un grado de originalidad.

Además de los condicionantes de tiempo, coste y calidad, el proyecto se definirá, planificará y se implementará teniendo en cuenta otros condicionantes que pueden aparecer debido a requisitos adicionales, como requisitos de sostenibilidad, a la limitación de recursos disponibles o a las habilidades que posee del equipo de trabajo, por ejemplo.

Un proyecto finaliza cuando se han conseguido sus objetivos y cuando todos los informes necesarios han sido finalizados y aprobados por la organización o persona que lanzó el proyecto; en este caso, la Administración Pública.

1.1.1. *Planificación del proyecto: definición de estrategia, plan de trabajo e hitos*

La planificación del proyecto es una etapa previa fundamental para asegurar la consecución de los resultados. Existen dos métodos para hacer la planificación de un proyecto: por actividades o por hitos. La primera, la planificación por actividades, es la forma tradicional de llevar a cabo la planificación de un proyecto. Sin embargo, la planificación por hitos es una alternativa que está directamente enfocada a la consecución de los objetivos y de los resultados del proyecto. Los hitos reflejan la consecución de unos resultados intermedios necesarios para alcanzar el resultado final del proyecto. Una vez de-

finidos los hitos, se puede entrar en el detalle de las actividades necesarias para alcanzar cada uno de los hitos intermedios del proyecto.

La planificación es, por tanto, la esencia de una buena gestión de proyecto. Tradicionalmente la planificación de los proyectos se llevaba a cabo desarrollando un listado más o menos detallados de las actividades necesarias para ejecutarlo. Sin embargo, la experiencia indica que muchos proyectos, a pesar de contar con gran nivel de detalle en sus planes de trabajo, ha acabado abocados al fracaso.

Dado que, por definición de proyecto, entendemos que el resultado que se va a obtener es único, es improbable que la persona que realiza la planificación el proyecto sea capaz de prever todas las actividades necesarias al comienzo del proyecto, más aún cuando se tiene entre manos un proyecto de innovación. No se trata únicamente de ser capaz de identificar las actividades a realizar, sino que hay que tener en cuenta que las actividades que se llevarán a cabo más adelante dependerán de los resultados que se vayan obteniendo a medida que se ejecuta el proyecto, de los éxitos intermedios o de los problemas que vayan surgiendo durante las primeras actividades del proyecto. El resultado, positivo o negativo, de las actividades iniciales va a influir en qué actividades se van ejecutar después. Lo ideal sería poder conocer de antemano qué resultado se va a obtener al principio del proyecto, para hacer una elección óptima de las actividades posteriores a plantear en los pasos siguientes. Dado que esto no es posible, la planificación por hitos es una alternativa de interés que nos permite definir sub-objetivos u objetivos intermedios a alcanzar en lugar de actividades en detalle.

Muchos proyectos que fracasan se caracterizan por una atención demasiado rigurosa a la planificación de detalle. La planificación deber realizarse de otra forma, es decir, debe estar basada en la construcción de escenarios, centrarse en promocionar la integración política de las partes interesadas y de mantener continuamente el apoyo de dichas partes al proyecto.

Planificación por etapas.

Una planificación estratégica consiste en diseñar una planificación basada en una estrategia de proyecto, es decir, definir de qué forma el proyecto va a resolver los retos a los que se enfrenta. Toda planificación estratégica debe contar con dos planes: un plan estratégico global, inalterable a los cambios, y un conjunto de planes de detalle, más flexibles, que son susceptibles de cambiar en respuesta a cambios que acontecen en el entorno. De cara al exterior, un proyecto debe parecer el culmen de la estabilidad; sin embargo, en el seno del proyecto, los cambios son frecuentes e inevitables. Por lo tanto, son necesarios dos niveles de planificación: un plan global que debe recoger los hitos del proyecto (lo que podemos llamar «plan de hitos»); y otro más detallado

que se centra en cómo vamos a conseguir estos hitos (lo que llamaremos «plan de actividades»).

En un proyecto de la compra pública innovadora podemos establecer 11 hitos fundamentales:

- Identificación y evaluación de la necesidad del producto o servicio (hito 1).
- Análisis del estado del arte (hito 2).
- Valoración de la propiedad intelectual (hito 3).
- Análisis del entorno regulatorio, de necesidades de certificación y de estandarización (hito 4).
- Desarrollo de un modelo de negocio (hito 5).
- Consulta pública del mercado (hito 6).
- Definición de estrategias de confidencialidad y de los derechos de propiedad intelectual (hito 7).
- Elaboración de la documentación de la licitación (hito 8).
- Lanzamiento del procedimiento (Hito 9).
- Seguimiento y evaluación de la implementación del contrato (Hito 10).
- Cierre del proyecto y análisis de impacto (hito 11).

Un hito anticipa lo que el proyecto debe alcanzar en una fecha predeterminada. Debe describir un estado deseado, una situación futura deseada. Cabe resaltar dos aspectos importantes de los hitos: en primer lugar, el concepto de hito hace referencia a un punto en el tiempo, no a un período de tiempo. En segundo lugar, indica lo que se quiere alcanzar, y no el cómo se alcanza.

La forma en la que se formulen los hitos nos permitirá determinar si se ha alcanzado o no el estado deseado. Es sencillo decidir si un hito se ha alcanzado cuando se trata de un objeto concreto, cuando se puede inspeccionar y verificar. Por tanto, es importante definir los hitos en términos que nos permitan confirmar el hecho de que efectivamente el hito se ha alcanzado y que el resultado es lo suficientemente bueno como para darlo por válido.

En definitiva, los hitos pueden considerarse como estaciones de control del proyecto, es decir, como una oportunidad para demostrar a las partes interesadas en el mismo que el proyecto avanza en la dirección correcta, para evaluar su correcta ejecución. Con un plan de hitos, cualquier miembro de un proyecto puede seguir su progreso y celebrar la consecución de los hitos más importantes.

Plan de hitos.

El plan de hitos representa las interdependencias entre los hitos del proyecto. Es una secuencia lógica en la consecución de estados deseados del proyecto. Alcanzar un hito determinado implica haber realizado un número de actividades. En principio no tiene porqué ser necesario alcanzar un hito para comenzar el trabajo del hito siguiente.

El plan de hitos es la herramienta más efectiva para comunicar los avances del proyecto. Representa lo que el proyecto quiere alcanzar y muestra las relaciones entre los hitos y el resultado final del proyecto. Es importante no introducir modificaciones en el plan de hitos, a pesar de que existan alteraciones en las actividades. El plan de hitos debe ser un plan robusto e impertérrito a alteraciones relacionadas con la ejecución de las actividades.

Normalmente la consecución de hitos va asociada a la elaboración de un informe (o entregable, por su traducción del inglés «deliverable») que da cuenta a la organización receptora del proyecto (en este caso la Administración Pública) sobre los avances en la ejecución del mismo. Estos entregables pueden considerarse como productos intermedios del proyecto.

Cronograma.

Un cronograma es una herramienta sencilla para fijar y seguir los tiempos de ejecución de las fases de un proyecto. Generalmente, se elabora durante la última etapa de la planificación de un proyecto, cuando ya se han definido elementos sustanciales como los objetivos que se pretenden alcanzar, los recursos a utilizar y el presupuesto disponible. Contrariamente a la práctica común de elaborar un cronograma basándonos en una planificación de actividades, la forma más recomendable de realizarlo es utilizar los hitos del proyecto, teniendo en cuenta las necesidades operativas de la Administración que solicita el proyecto. Los hitos suelen establecerse de forma que la sincronización entre ellos sea óptima y de forma que la Administración obtenga los productos intermedios (entregables asociados a hitos) en el momento deseado. En ocasiones los entregables pueden ser solicitados por la Administración antes de lo previsto, debido a cambios en el mercado o por asuntos internos de la propia organización. En cualquier caso, las necesidades de la Administración suelen determinar el cronograma de entregas. En estas circunstancias, el proyecto decidirá si es necesario reducir el alcance de algunos de sus hitos para satisfacer el nuevo calendario o si debe destinar tiempo adicional entre los entregables para incrementar la capacidad de producción del proyecto. De forma inversa, si la Administración necesita más tiempo para absorber los entregables, el proyecto necesariamente responderá ralentizando su ejecución.

1.1.2. *Elección del equipo de trabajo y asignación de responsabilidades*

La organización del proyecto es una estructura que facilita la coordinación y la implementación de las actividades del proyecto. La razón principal de su existencia es crear un ambiente que fomente la interacción entre los miembros del equipo con una cantidad mínima de rupturas, solapamientos y conflictos. Una de las decisiones más importantes de la gestión de proyectos es la estructura organizativa que se utilizará en el mismo. Cada proyecto tiene unas características únicas y el diseño de una estructura organizativa debe tener en cuenta el entorno organizativo, las características del proyecto en el que se implementa y el nivel de autoridad que se le otorga al director del proyecto.

La estructura de proyecto puede adoptar diferentes formas, cada una de las cuales tiene sus propias ventajas y desventajas. Uno de los principales objetivos de la estructura es reducir la incertidumbre y la confusión que aparecen de forma frecuente en la fase de inicio del proyecto. La estructura define las relaciones entre los miembros del equipo de gestión y sus relaciones con el medio externo.

Como ya se ha mencionado, el éxito del proyecto va a depender en gran medida del diseño del organigrama. El organigrama muestra la posición de cada persona en la matriz del proyecto. Suele tener forma piramidal, aunque en ocasiones las estructuras de gobierno son prácticamente horizontales. Estas estructuras horizontales conllevan más problemas que beneficios, aunque en algunas organizaciones suelen predominar, por las características particulares de las mismas en las que no es necesaria una jerarquía bien definida. En la estructura piramidal, los individuos cercanos a la punta de la pirámide tienen más autoridad que los que se encuentran cercanos a la base de la misma. La posición relativa de cada individuo en el organigrama determina sus relaciones de trabajo y las líneas que conectan cada posición designa la supervisión formal y las líneas de comunicación entre los integrantes del equipo.

La estructura organizativa no puede diseñarse demasiado rígida o demasiado flexible, ya que el objetivo de la organización del proyecto es facilitar la interacción de las personas para alcanzar los objetivos últimos del proyecto dentro de las limitaciones especificadas de alcance, cronograma, presupuesto y requisitos mínimos de calidad.

El objetivo al diseñar una estructura de proyecto es proporcionar un ambiente formal que el gerente o director de proyecto pueda utilizar para influenciar a los miembros del equipo para que consigan hacer todo lo necesario para completar su tarea. La estructura debe diseñarse para ayudar a desarrollar la colaboración entre los miembros individuales del equipo; todo esto con un mínimo de duplicación de esfuerzos y evitando solapamientos.

El organigrama tiene una funcionalidad limitada; es decir, solo muestra la relación jerárquica entre los miembros del equipo, pero no muestra cómo funcionará la organización del proyecto en la práctica, es por esto que el diseño debe también considerar otros factores que facilitarán el funcionamiento de la estructura, como son las comunicaciones, los flujos de información, la coordinación y la colaboración entre sus miembros.

Factores que influyen en el diseño de la estructura de proyecto.

Hay dos factores que influyen significativamente en el diseño de una estructura de gestión de proyectos. Estos son: el nivel de especialización y la necesidad de coordinación. El gerente o director del proyecto debe considerar ambos factores para garantizar la máxima efectividad de su estructura de gestión.

En los proyectos de gran envergadura, que requieren múltiples especializaciones o áreas técnicas, cada área suele tener necesidades diferentes, con diferentes objetivos, enfoques y metodologías. Así, todo ello influirá en la forma en que cada área técnica del proyecto implementará sus actividades.

Si bien la especialización permite que cada componente del proyecto maximice su productividad para alcanzar sus objetivos departamentales, las diferencias pueden generar conflictos entre los miembros del equipo o entre los líderes de cada área de especialización. En general, cuanto mayores son las diferencias, más problemas tienen los gerentes de proyectos para garantizar la armonía del equipo global. Se requiere un gran nivel de coordinación para unir los elementos que componen un proyecto.

El proyecto se puede organizar en torno a una estructura que desglose el trabajo en las metas generales del proyecto, en actividades o en tareas específicas para cada área del proyecto; así, el gerente del proyecto debe diseñar una estructura organizacional que asegure que los diversos componentes estén integrados para que sus esfuerzos contribuyan al objetivo general del proyecto. La integración es el grado de colaboración y entendimiento mutuo requerido entre los diversos componentes del proyecto para lograr los objetivos del mismo. La mayoría de los proyectos se caracterizan por la división del trabajo y las interdependencias entre tareas, creando la necesidad de integración para cumplir los objetivos del proyecto. Esta necesidad es mayor cuando hay muchos componentes con diferentes especializaciones. El objetivo de la estructura de gestión del proyecto es precisamente lograr la armonía de los esfuerzos individuales hacia el logro de los objetivos común del equipo.

1.2. **Análisis del mercado y comunicación con los agentes**

1.2.1. ***Identificación, definición y comunicación adecuada de las necesidades por parte de la Administración Pública (requerimientos funcionales y de rendimiento del producto deseado)***

La compra pública innovadora comienza con la identificación de una necesidad no cubierta de soluciones innovadoras, es decir, una necesidad o una serie de necesidades que una Administración Pública tiene actualmente, o tendrá en un futuro, y que los productos, servicios o disposiciones actuales no pueden satisfacer, o bien, pueden hacerlo, pero de forma parcial bajo un coste excesivo o con un riesgo inaceptablemente alto.

Una necesidad no satisfecha se hace evidente cuando las soluciones existentes no pueden abordar los siguientes casos:

- 1) Un problema que impacta actualmente de forma negativa en la prestación de un servicio de interés público (por ejemplo, problemas técnicos importantes, cambios presupuestarios/fiscales, cambios en el patrón de comportamiento de los ciudadanos que está creando un problema grave para prestar el servicio de interés público con la calidad y/o eficiencia deseadas).
- 2) La necesidad o deseo del órgano de contratación de mejorar la calidad y/o la eficiencia del servicio de interés público en el futuro, o de un nuevo requisito emergente para proporcionar nuevas capacidades o servicios en el futuro. Dichas necesidades resultan de la realización de análisis internos periódicos de la Administración sobre cómo mejorar sus operaciones diarias a medio o largo plazo (por ejemplo, hospitales que busquen proporcionar seguimiento y tratamiento móvil de pacientes para salvar más vidas, mejorar la eficiencia de las consultas médicas o reducir costes de admisión hospitalaria).
- 3) Cumplimiento de objetivos políticos que aborden retos sociales a medio y largo plazo (por ejemplo, la necesidad por parte de la administración de buscar soluciones más ecológicas o más eficientes energéticamente para cumplir con las políticas de reducción de la huella de CO₂ en el sector público en los objetivos porcentuales establecidos en un punto en el futuro).
- 4) Requisitos legislativos o reglamentarios para prestar servicios de mayor calidad /eficiencia de interés público a futuro (por ejemplo, legislación nacional que exija que un porcentaje determinado de una oferta de servicio público concreta sea más accesible para los ciudadanos

con discapacidad visual/auditiva u otra discapacidad física en un momento determinado en el futuro).

Es importante que el órgano de contratación identifique regularmente las necesidades no satisfechas en su organización y que lo realice con prontitud. Un ejercicio de identificación y evaluación de necesidades realizado con suficiente antelación aporta a la Administración los siguientes beneficios:

- Disponer de tiempo suficiente para entender de forma efectiva las necesidades.
- Evitar el riesgo de que las necesidades no identificadas se conviertan en problemas urgentes y así evitar el riesgo por parte de la autoridad pública de no ser capaz de cumplir con requisitos legislativos o políticos, o bien con objetivos o KPIs internos (KPI: *key performance indicators*).
- Disponer una base de conocimiento para el posterior estudio del estado del arte y búsqueda de los derechos de propiedad intelectual.
- Facilitar una posterior consulta del mercado adecuada.
- Facilitar la traducción de las necesidades no cubiertas en especificaciones específicas para la CPI.

Métodos para identificar necesidades no cubiertas y evaluar la relevancia que éstas pueden tener para el usuario final.

Existen múltiples métodos para identificar y evaluar una necesidad. El proceso debe basarse en la premisa de que aquellos que están mejor posicionados para identificar los problemas, o las ineficiencias de un proceso o servicio, son aquellos que trabajan dentro del sistema que ofrece ese servicio diariamente. Para identificar y evaluar la relevancia y los requisitos del usuario final respecto a las necesidades no satisfechas de los servicios prestados, la autoridad pública (por ejemplo, un hospital) debe iniciar conversaciones con las partes interesadas pertinentes y, en particular, con los usuarios finales del servicio (por ejemplo, enfermeras, médicos, pacientes/organizaciones de consumidores que harán uso de la solución).

Los siguientes métodos pueden ser útiles para llevar a cabo la identificación de necesidades no cubiertas y determinar su relevancia:

- Reuniones internas o charlas informales donde participen únicamente los representantes de la organización que lanzará la adquisición pública, como punto de partida para el «brainstorming».
- Talleres de alta dirección, necesarios especialmente desde una perspectiva estratégica, para recibir apoyo y aprobación de los recursos financieros (adicionales) necesarios para la adquisición.

- Talleres o *workshops* estructurados en grupos específicos (enfocados, por ejemplo, a los diferentes tipos de actividades que ofrece el contratista público), que pueden incluir tanto a representantes de la organización del comprador público como a expertos externos y partes interesadas relevantes.
- Encuestas realizadas por correo electrónico, teléfono o correo.
- Talleres para usuarios finales.

Es importante tener en cuenta:

- Las adquisiciones de innovación deben ser impulsadas por las necesidades del usuario final; de lo contrario, las soluciones innovadoras que surjan de la adquisición no serán aceptadas o utilizadas después.
- Los mejores posicionados para identificar los problemas o las ineficiencias dentro de un proceso o servicio público son las entidades que ofrecen y utilizan el servicio, es decir, la autoridad pública y los usuarios finales.
- Solicitar a los usuarios finales que definan sus necesidades de innovación en términos de funciones buscadas y rendimiento, sin identificar una solución específica.

Una vez identificadas y evaluadas por los usuarios finales, la necesidad o necesidades deben describirse claramente para preparar los siguientes pasos (validación de la necesidad a través del análisis del estado del arte, análisis de los derechos de propiedad intelectual y la consulta del mercado). Las necesidades identificadas se validarían pues en términos comparativos y se priorizarían en función de sus impactos y tendencias previstos. La necesidad se describirá en detalle más adelante tras la consulta de mercado, para poder definir claramente las especificaciones técnicas y, a continuación, lanzar la licitación.

Con el fin de organizar una consulta de mercado abierto, es importante realizar una descripción adecuada de la necesidad para asegurar que existe suficiente interés y respuesta de los proveedores de soluciones innovadoras potencialmente interesados. Como regla general, cuando se describa la necesidad no cubierta en la consulta de mercado, es importante tener en cuenta lo siguiente:

- Ser claro y simple en la descripción.
- Centrarse en la descripción del problema a resolver y en la definición de los resultados concretos que se quieren obtener (mejoras de funcionalidad, rendimiento, eficiencia), en lugar de describir tecnológicamente cómo debe construirse la solución para el problema.

— No especificar demasiado y permitir que el mercado sea creativo.

Al usar los requisitos funcionales y de rendimiento esperados en la definición de la necesidad, no debemos caer en el error de predefinir la solución técnica, sino que debemos mantener abiertos a formas técnicas alternativas e innovadoras para abordar dichas necesidades. Sin embargo, esto no significa que la definición de necesidades deba de ser breve y general. Todo lo contrario, la única forma de que las soluciones que aporten los proveedores puedan cumplir con los objetivos de rendimiento y de impacto solo ocurrirá si esos resultados esperados se exponen lo suficientemente detallados de antemano, de manera clara y sin ambigüedades. Es claro que, si las funciones y los rendimientos no están incluidos como criterio en los requisitos de la licitación, los proveedores no los considerarán y no los incluirán de forma estricta en la solución aportada.

Al mismo tiempo, para crear un amplio mercado potencial para las nuevas soluciones (público o privado) y para conseguir alcanzar las economías de escala deseadas y el correspondiente ahorro de costes, es importante no caer en la sobre descripción de la solución deseada. Además, así se apoyará la escalabilidad de la solución favoreciendo la interoperabilidad de la solución y su flexibilidad para cumplir con diferentes estándares en los requisitos de la licitación.

Para describir una necesidad en términos funcionales y de rendimiento, el documento ha de presentar lo que se denomina un «análisis del coste del ciclo de vida de la innovación», que tiene en cuenta el coste y los beneficios a lo largo de todo el ciclo de vida de la solución innovadora que se adquiere. Como la adquisición de la innovación consiste en obtener una mayor calidad a un coste de propiedad «total» menor (es decir, no sólo consiste en conseguir un precio por unidad más bajo), es crucial orientar la innovación hacia la optimización del rendimiento/calidad y de los costes a lo largo de todo el ciclo de vida de la solución. El método denominado TLC-PE (*Total Life-Cycle-functional and PErformance description*) clasifica las funcionalidades y rendimientos a lo largo de las fases del ciclo de vida de la solución (producción, distribución, instalación, uso, gestión, mantenimiento y eliminación) para animar a los proveedores a proponer soluciones con un mayor rendimiento a largo plazo y menor coste en el ciclo de vida total.

1.2.2. *Identificación de requisitos no-técnicos del producto*

Además de los requisitos técnicos, la Administración debe tener en cuenta cualquier legislación, estándar, etiquetado o certificación requerida en el sector que pueda tener un impacto en la consecución de los objetivos del proceso de la compra pública de innovación.

En relación con la legislación vigente, la Administración tiene la obligación de solicitar el cumplimiento de los requisitos legales existentes por parte de las soluciones desarrolladas o adquiridas mediante la CPI.

Sin embargo, en relación con los estándares, los etiquetados y la certificación, la Administración tiene la opción, no la obligación, de imponer este requisito adicional en la documentación del concurso, para asegurar que las soluciones adquiridas cumplen con ciertas características deseadas.

Los compradores públicos deben tener en cuenta que no todos los estándares y etiquetados o certificados existentes cuentan con el respaldo de un sistema de acreditación transparente, objetivo y sólido, que proporcione una certificación independiente del proveedor sobre la conformidad de sus soluciones con un modelo de calidad o de referencia. La certificación siempre es realizada por un organismo independiente sobre el que el proveedor no puede ejercer influencia y que está basada en pruebas empíricas. Las certificaciones utilizan datos científicos rigurosos, medibles y actuales para verificar un cumplimiento de acuerdo con un estándar o etiquetado, que se establecen previamente de forma objetiva. Esta objetividad está garantizada siempre y cuando haya una gran participación de organismos interesados en la definición del estándar o del etiquetado y, generalmente, incluye a representantes de la industria, gobierno, consumidores y otras asociaciones del sector.

Certificación y etiquetado.

La certificación prueba la conformidad de un producto con ciertos requisitos establecidos por un determinado referencial o modelo de calidad, reconocido y oficial. En la UE, algunas características de los productos (especialmente las relacionadas con la seguridad, la salud, la seguridad y la protección del medio ambiente) están reguladas por Directivas de armonización técnica.

El cumplimiento del producto con estas normas mediante certificación proporciona una presunción de conformidad con la legislación correspondiente. Pero el cumplimiento de la legislación también se puede demostrar a través de procedimientos alternativos de evaluación de la conformidad diferentes a los requisitos de la norma, pero que aún cumplen con los requisitos legislativos. El cumplimiento demostrado de la legislación dará derecho al productor a aplicar la marca CE en el producto correspondiente. La marca CE es un requisito para poder comercializar los productos regulados dentro de la UE.

Por otro lado, el etiquetado implica la aplicación de un signo visible en el producto que certifica la conformidad del mismo con ciertos requisitos definidos en las normas (por ejemplo, etiqueta de Comercio Justo) o en la legislación (por ejemplo, etiqueta energética de la UE). Se puede aplicar un etiquetado tras pasar un proceso de certificación con éxito.

La certificación y el etiquetado aumentan la confianza de los consumidores privados y públicos en un producto y fomentan la amplia implementación de soluciones innovadoras.

¿Qué medidas puede tomar un comprador respecto a la certificación y el etiquetado?

Los compradores públicos tienen fuertes incentivos para que exista un despliegue amplio de las soluciones innovadoras, ya que las economías de escala de producción para los proveedores tienen como resultado productos más baratos para el comprador a largo plazo.

Si no existe un esquema de certificación para las soluciones innovadoras perseguidas por la CPI, la Administración puede asignar a una entidad independiente la realización de la certificación de las soluciones innovadoras o bien, puede llegar a un acuerdo con un organismo de certificación para crear un nuevo esquema de certificación, o para la creación de nuevas opciones de certificación dentro los esquemas de certificación ya existentes, para las soluciones innovadoras del proceso de CPI.

1.2.3. Análisis de las soluciones que puede aportar el mercado y su nivel de madurez. Conocimiento del estado del arte de la tecnología

Una vez que la Administración ha identificado la necesidad o necesidades a cubrir, se debe realizar un análisis del estado del arte de la técnica para confirmar si las necesidades identificadas son realmente necesidades «no satisfechas». El análisis del estado de la técnica identifica la totalidad de la información disponible en el dominio público (productos existentes, productos en desarrollo e ideas publicadas), estén estas protegidas o no por derechos de propiedad intelectual.

Si el análisis del estado del arte revela que ya hay soluciones disponibles en el mercado que pueden satisfacer esa necesidad o bien que las soluciones estarán disponibles antes de que se materialice la adquisición pública, entonces no será necesario lanzar el procedimiento de compra pública innovadora, ya que se puede contratar una solución existente en su lugar.

Como llevar a cabo un análisis del estado del arte.

En primer lugar, es esencial asegurar que el equipo responsable de la búsqueda del estado del arte tenga conocimientos tecnológicos, industriales y científicos relevantes, ya que a menudo se requieren conocimientos específicos para evaluar si una tecnología o idea existente es funcionalmente equivalente a la innovación contemplada en la CPI. La búsqueda debe incluir:

- Literatura publicada (páginas web de noticias, publicaciones de la industria, publicaciones de proveedores, informes de analistas de la industria del sector, publicaciones y libros académicos, revistas y publicaciones periódicas).
- Desarrollos de nuevos proyectos de I + D en curso y estudios científicos.
- Ferias y exposiciones de productos existentes.

Además de lo anterior, una búsqueda exhaustiva también debe incluir reuniones con personas que puedan tener experiencia relevante, como directores de investigación en instituciones de investigación, minoristas, compradores y otras personas relacionadas con la creación, compra o venta de tecnología innovadora.

Análisis de la propiedad intelectual.

El análisis de la propiedad intelectual trata de identificar cuál de la información disponible en el dominio público (productos existentes, desarrollo de productos en curso e ideas publicadas) está protegida por derechos de propiedad mediante la búsqueda en una base de datos nacional o internacional.

La búsqueda de la propiedad intelectual es tan importante como el estudio del estado del arte, ya que nos ayuda a discernir como de innovadoras son las soluciones que se comprarán mediante la CPI y si todavía existe margen para proteger los esfuerzos innovadores realizados mediante la contratación. Además, nos indicará si ya hay entidades en el mercado que poseen propiedad intelectual «clave», es decir, elementos que no se pueden evitar para abordar las necesidades identificadas y, en ese caso, si la política de licencias de dichas organizaciones supone costes adicionales elevados no asumibles por el modelo de negocio y que pueden llegar a impedir el lanzamiento de la compra pública de innovación.

Si, tras una búsqueda de propiedad intelectual, identificamos una entidad que posee los derechos de propiedad intelectual relevantes o posee propiedad intelectual que solape con nuestras necesidades, esto tendrá consecuencias importantes para el proyecto de CPI.

En primer lugar, este hecho puede indicar que la necesidad no es lo suficientemente novedosa como para justificar el lanzamiento de una CPI.

En segundo lugar, podría ser un indicio de que los adjudicatarios de la CPI van a encontrar barreras en la propiedad intelectual cuando traten de suministrar sus soluciones al comprador público y, más adelante, a la hora de comercializar sus soluciones a otros clientes potenciales. Este problema podría resolverse de antemano, bien redactando las especificaciones del concurso evitando la propiedad intelectual que bloquea la posible solución, o bien,

negociar la licencia con el propietario de los derechos con mucha antelación a la comercialización de la solución innovadora.

Si el titular de los derechos de propiedad intelectual no estuviera dispuesto a negociar una licencia y no es posible redactar las especificaciones del producto evitando los derechos de propiedad intelectual que bloquean la solución innovadora, se podría concluir que el riesgo de los derechos de propiedad intelectual es demasiado grande como para iniciar el proyecto.

Finalmente, la identificación de una propiedad intelectual preexistente también puede crear problemas más adelante cuando los adjudicatarios de la CPI busquen proteger sus innovaciones, ya que los derechos preexistentes pueden resultar inhibidores de la novedad ante cualquier intento de registro posterior de la propiedad intelectual.

1.2.4. *Comunicación eficiente y temprana de las necesidades a los agentes del mercado*

La consulta previa del mercado es importante por varios motivos. Por un lado, proporciona información sobre cómo incrementar el interés del mercado para responder a la licitación y, además, da información sobre lo que los actores principales van a responder con una gran probabilidad.

Además, esta consulta es de utilidad para verificar de forma cruzada el análisis del estado del arte de la técnica y el análisis de la propiedad intelectual, así como el análisis del entorno normativo previamente realizado, de forma que nos sirva para confirmar la idoneidad del enfoque de la CPI. Así, la consulta de mercado abierto nos servirá para validar el potencial innovador de la necesidad identificada. De hecho, ayuda a identificar si existe una solución ya disponible en el mercado con las mismas funcionalidades y/o rendimientos objetivos, y en ese caso no sería necesaria una CPI. O si, por el contrario, todavía es necesaria una innovación incremental para poder llevar soluciones al mercado.

Por otro lado, también nos servirá para confirmar la idoneidad de los datos de partida introducidos en el modelo de negocio, modelo que previamente debe haber diseñado el comprador público. Por ejemplo, qué costes máximos se han tenido en cuenta, los beneficios esperados, posibles riesgos o tiempo necesario para la puesta en mercado de la solución. La rigurosidad de estos datos de partida es clave, ya que estos inputs determinarán el éxito del proyecto. La consulta de mercado abierto permitirá por tanto al comprador público verificar la viabilidad del proyecto en términos de si el mercado puede entregar nuevas soluciones que cumplan con los requisitos mínimos de funcionalidad y/o rendimiento dentro del calendario previsto y dentro los límites presupuestarios. La consulta de mercado abierto también informa al compra-

dor público sobre los riesgos y beneficios de las diversas soluciones tecnológicas disponibles en el mercado o que éste esté desarrollando.

Por último, la consulta permite a la Administración verificar la potencial aceptación por parte del mercado de las condiciones del contrato que tenga intención de redactar, es decir, permitirá a la Administración contrastar la aceptación de las condiciones contractuales que prevé utilizar durante la contratación (por ejemplo, los derechos de propiedad intelectual). Además, podría determinar si, por ejemplo, es buena idea redactar un contrato en lotes y las posibles interdependencias entre los lotes. También puede proporcionar información sobre mecanismos de control sobre los proveedores, para poder revisar en el futuro si éstos logran los impactos esperados o no, y ayuda a confirmar si el tiempo previsto para las pruebas de conformidad, la implementación y las posibles correcciones de errores, es realista. Finalmente, la consulta de mercado abierto también proporciona información sobre el número mínimo de posibles proveedores a involucrar, para reducir el riesgo de que no se presente ninguna una solución adecuada al concurso de CPI.

Definición de las especificaciones técnicas.

Las especificaciones técnicas tienen dos objetivos principales. En primer lugar, describen lo que la Administración quiere adquirir, de forma que los potenciales proveedores puedan decidir si la CPI es de su interés. Es más, las especificaciones técnicas están directamente relacionadas con las características de la solución que se quiere adquirir y no con las capacidades o cualidades del operador. En segundo lugar, proporcionan requisitos medibles para poder evaluar las ofertas que se reciban. Aquellas que no cumplan con las especificaciones técnicas, serán rechazadas.

Independientemente del tipo de solución que se pretenda adquirir, el resultado final de la CPI va a depender en gran medida de los objetivos y requisitos que el comprador público establezca en los pliegos, y de la forma en que éstos hayan sido definidos y comunicados al mercado.

En el caso de la CPI, las especificaciones técnicas tienen que cumplir con las disposiciones recogidas por las Directivas europeas sobre contratación pública.

Como regla general, deben seguirse las siguientes pautas al definir las especificaciones técnicas para garantizar el cumplimiento del marco legal:

- Ser claro y preciso en la descripción, para animar a los operadores económicos a presentar ofertas.
- Expresar los requisitos de forma neutral desde el punto de vista tecnológico (por ejemplo, evitando referencias a procesos de producción

de una organización), usando términos basados en resultados referenciados a un determinado rendimiento o funcionalidad deseados.

- No incluir requisitos que no sean directamente necesarios para cubrir la necesidad, ya que esto podría restringir la competencia.
- Asegurar que las especificaciones técnicas describan no solo los requisitos para los elementos tangibles que se adquirirán (productos, servicios, obras), sino también los elementos intangibles. En las especificaciones técnicas del pliego de condiciones se debe especificar la distribución deseada de los derechos y las obligaciones relacionados con la propiedad intelectual vinculada a la solución, para garantizar que las ofertas sean comparables, que se pague el precio correcto de mercado y que la adquisición no suponga una ayuda de estado ilegal.
- Tener en cuenta los requisitos ambientales y de accesibilidad para personas con discapacidad, así como los requisitos de protección de datos derivados de la legislación pertinente de la UE y nacional.
- Formular solo requisitos que puedan ser verificables y especificar qué pruebas de conformidad es necesario presentar.
- El prescribir un alto grado de detalles técnicos para la implementación reducirá en gran medida la oportunidad de licitadores interesados en proponer soluciones innovadoras.
- Sin embargo, las especificaciones deben proporcionar suficiente información como para permitir que los potenciales licitadores comprendan cuál es el problema real que requiere una solución y cuáles son los requisitos funcionales buscados por los compradores públicos.
- La necesidad identificada y las pruebas a aportar deben describirse de tal manera que permitan una comparación objetiva de las soluciones competitivas propuestas por el mercado.
- Cuando sea relevante, hacer referencia a los estándares disponibles para asegurar, por ejemplo, la interoperabilidad con otras tecnologías existentes.
- Cuando se haga referencia al etiquetado, a una norma europea o, en su defecto, a una norma nacional, el comprador debe aceptar pruebas equivalentes de conformidad con la norma o etiquetado. Como pruebas aceptables se consideran las evidencias verificadas por un tercero o, en caso de imposibilidad de acceder a tal evidencia o en caso de no poder obtener dicha evidencia dentro de los límites de tiempo pertinentes, se aceptarán otros medios de prueba, como puede ser un expediente técnico del fabricante.

Las referencias a estándares, etiquetado ecológico o criterios de compra pública verde son beneficiosas desde dos perspectivas:

- 1) Por la mitigación de riesgos que conlleva. Los compradores públicos se aseguran de que los productos innovadores sean seguros, de calidad y que cumplen con la norma o etiquetado ecológico aplicable.
- 2) Por el ahorro de tiempo que esto supone, especialmente en proyectos complejos. Al usar especificaciones desarrolladas dentro de un estándar, de una compra pública verde o de un etiquetado ecológico, los compradores públicos ganan un tiempo significativo que de otro modo se utilizaría para definir las especificaciones pertinentes.

Ya durante la fase de identificación y evaluación de necesidades, los compradores pueden llegar a definir funcionalidades, niveles de rendimiento y resultados/impactos esperados en relación con la innovación deseada.

Las pruebas de conformidad, la certificación y los procesos de etiquetado pueden servir posteriormente para verificar si el mercado está listo para ofrecer soluciones que tengan estas funcionalidades y niveles de rendimiento deseados. Aquellas funcionalidades y niveles de rendimiento que resulten viables pueden incluirse posteriormente en la documentación de licitación como especificaciones técnicas.

1.3. Implementación del proyecto

1.3.1. *Lanzamiento y seguimiento del proyecto. Detección de desviaciones y acciones correctoras*

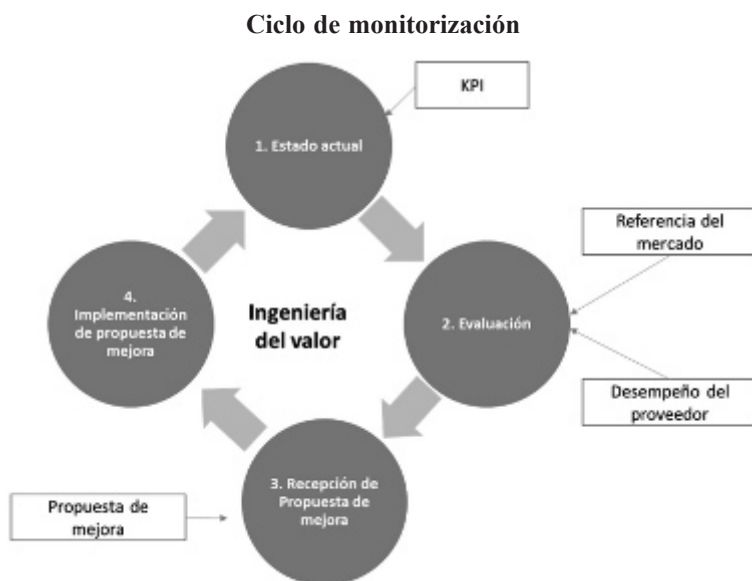
Una vez adjudicado el proyecto por el órgano de contratación y lanzado el proyecto por parte del adjudicatario del contrato, es importante que la Administración haga un seguimiento continuo de las actividades del operador económico durante la ejecución del mismo. Una vez finalizado el proyecto, debe además evaluar los resultados obtenidos y el impacto del proyecto con el fin de garantizar que se cumplen los objetivos establecidos en el contrato de la CPI y que el operador económico ha cumplido con sus obligaciones contractuales. Un sistema eficaz de supervisión de contratos ayuda al comprador público a evitar un posible riesgo de fracaso y a corregir oportunamente el desempeño con la antelación suficiente para introducir medidas correctoras.

A través de la monitorización se llevan a cabo una serie de actividades que tienen como objetivo un seguimiento continuo de la ejecución del contrato y la verificación de forma continuada de su ajuste con los objetivos, resultados, actividades y recursos planificados en la fase de concurso. Este seguimiento debe llevarse a cabo desde todos los niveles de gestión por parte de la Administración, e incluye tanto comunicaciones informales como informes formales

de seguimiento recogidos en las especificaciones técnicas del contrato. Por tanto, la capacidad de la Administración para hacer seguimiento de la ejecución del contrato es fundamental, en particular, su capacidad de poder solicitar y evaluar datos derivados de la ejecución, además de su disposición de aportar «feedback» inmediato a los adjudicatarios. Aunque este continuo seguimiento por parte de la Administración pueda ser considerado excesivo por parte del proveedor de la solución, e incluso considerarlo como una intrusión disfuncional en el proceso de implementación, experiencias previas indican que una monitorización efectiva es una herramienta importante para que los contratistas desempeñen su trabajo siempre enfocado a la obtención de resultados.

Una vez finalizado el proyecto de la CPI, la Administración debe realizar una valoración de la implementación del contrato, en la que se comparan los resultados obtenidos con los objetivos planteados en el contrato, incluyendo los requisitos de funcionalidades y rendimientos, precios y duración del contrato recogidos en la fase de propuesta.

Para llevar a cabo un seguimiento eficaz durante la ejecución del contrato de CPI, es útil implementar un ciclo de monitorización y evaluación del desempeño basados en los KPIs mencionados anteriormente, incluyendo hitos, referentes del mercado (*benchmark*) y la aplicación de la ingeniería del valor. Los ciclos de monitorización y evaluación permiten introducir mejoras en el proyecto por comparación con valores de referencia del mercado y de los KPIs establecidos en el proyecto (ver figura):



Fuente: elaboración propia.

Así, como resultado de la monitorización se obtienen informes periódicos sobre el estado del proyecto y sobre sus resultados intermedios, tomando como referencia los hitos establecidos en el contrato. Además, aplicando en este ciclo el método de la ingeniería del valor se crea un incentivo al proveedor para que éste encuentre formas de mejorar los KPI y las referencias del mercado. Este ciclo puede repetirse periódicamente todas las veces que se crea necesario hasta alcanzar los valores deseados.

Con este modelo se puede obligar al proveedor a través de una cláusula al contrato, a presentar una propuesta de mejora cada determinado período de tiempo, dependiendo de los términos especificados (por ejemplo, una vez al año). La propuesta del proveedor, que debe incluir la información específica que requiera el contrato, debe ser evaluada y aceptada por el comprador público. La propuesta de mejora aceptada es entonces implementada añadiendo así valor en comparación con el modelo de negocio original. El objetivo de la ingeniería del valor, como se ha comentado antes, es reducir el coste del ciclo de vida y mejorar los retornos a la inversión, con un enfoque en el análisis y el valor de la funcionalidad de la solución.

El uso de la cláusula de la ingeniería del valor en los contratos de CPI abre la posibilidad de mejorar el valor del trabajo durante la ejecución del contrato. Por tanto, la implementación del determinado servicio, trabajos o productos son monitorizados de acuerdo a los términos contractuales y a los indicadores establecidos en el contrato, uno de los cuales será el requisito de que el proveedor presente una propuesta de ingeniería del valor a la autoridad contratante para que esta la revise, la apruebe y se implemente.

Por todo esto, la implementación de un proceso de monitorización de los operadores económicos durante la ejecución del contrato de CPI es de suma importancia para el comprador público. Una continua y eficiente supervisión evitará un pobre resultado por parte del proveedor y asegurará que el dinero público se invierte de la mejor forma.

La elección y uso de los KPIs.

Para poder llevar a cabo la monitorización del operador económico, el comprador público debe comenzar creando una lista de indicadores de rendimiento (KPI), de forma que la actividad del proveedor será evaluada por comparación a estos KPI. Estos indicadores de rendimiento o KPI es una forma de medir el éxito del operador económico en la consecución de ciertos objetivos operacionales (por ejemplo, que no existan defectos en el producto o midiendo el grado de satisfacción del cliente).

Como se discutió previamente, el uso de objetivos intermedios (o hitos) para la consecución de un objetivo específico, ayudará a ir revelando el progreso en etapas de tiempo concretas, de duración menor que la duración que

el proyecto. El operador económico debe identificar hitos adecuados que ayuden a medir su rendimiento. Estos hitos se analizan durante la evaluación de la propuesta y luego se usan para monitorizar la implementación del contrato.

Los indicadores de rendimiento o KPIs deben ser:

- Lo suficientemente específicos como para medir el progreso real.
- Una medida clara y de confianza de un resultado parcial o intermedio.
- Relevante para la consecución de un determinado resultado o resultados.
- Y deben suponer un coste y esfuerzo razonables para el proveedor.

En términos generales, en el sistema de monitorización y evaluación se pueden usar diferentes tipos de indicadores:

- Indicadores cuantitativos: son medidas de resultados expresadas en términos de números, porcentajes, tasas y ratios.
- Indicadores de impacto: se usan para monitorizar y medir el progreso de un proveedor para alcanzar un resultado esperado o un requisito del contrato, ya que estos indicadores miden el impacto a la hora de satisfacer una necesidad específica o un reto establecido en la compra pública de innovación. Por ejemplo, indicadores que miden el incremento en la eficiencia energética obtenida o una mejora en la sostenibilidad de una compra pública relacionada con el medio ambiente o la energía.

Los resultados y sus correspondientes indicadores deben de poder ser comprobados por datos medibles y verificados de forma independiente, y deben ser realistas y alcanzables. La identificación de los medios necesarios para su verificación tiene que realizarse de forma coordinada en la fase de planificación del proyecto. Es importante tener en cuenta que, cuando los medios de verificación de resultados son claros y eficaces, facilitan el establecimiento del sistema de monitorización y de evaluación de impacto y contribuyen de forma significativa a asegurar una correcta evaluación del proyecto.

Existen diferentes medios a través de los cuales un comprador público puede adquirir datos de rendimiento del proyecto:

- Encuestas de satisfacción de los ciudadanos o de los clientes.
- Monitorización de quejas o incidencias de ciudadanos o clientes.
- Análisis de datos de rendimiento del operador económico.
- Inspecciones a instalaciones o realización de auditorías a las actividades del operador económico.

Una vez que el comprador público ha definido los indicadores de rendimiento y ha identificado los medios para conseguir datos para su verificación, se deben implementar los siguientes componentes adicionales del sistema de monitorización y valoración del proyecto:

- Definición de *planes de contingencia*, para evitar interrupciones del servicio cuando el operador económico falle en sus obligaciones (por ejemplo, usar otro proveedor, contratar a otra entidad de la Administración).
- Comunicar claramente las expectativas al operador económico. Mantener una *reunión de lanzamiento* tras la adjudicación con el proveedor ganador para revisar los requisitos del contrato y los objetivos de rendimiento. Esta reunión de lanzamiento, o *kick-off meeting*, permite además a los empleados de la Administración que no hayan estado involucrados en el proceso de definición de compra a responder a cuestiones que el proveedor aún pueda tener y clarificar aspectos técnicos del contrato, reduciendo así un posible bajo rendimiento.
- Formular un *plan de seguimiento* por parte de la Administración. Este plan de seguimiento puede estar recogido en un documento que aporte una visión global de las actividades planificadas y ejecutadas, y que además recoja los métodos que se usarán para monitorizar al operador económico y a los empleados u oficinas que estén involucrados en los trabajos.
- Organizar los documentos asociados al contrato en un *repositorio documental*. Así, se podrá mantener toda la información asociada al contrato organizada de tal forma que alguien ajeno al contrato pueda entender el histórico del mismo y pueda hacer seguimiento del proyecto en caso de ausencia del gestor del contrato en la Administración. Esta información puede también usarse como una fuente de información para posibles adjudicaciones posteriores.
- *Uso de incentivos y establecimiento de penalizaciones* por desempeño insuficiente. Los incentivos financieros constituyen uno de los métodos más eficaces para inducir a un operador económico a alcanzar un determinado servicio. Por otro lado, las penalizaciones por bajo desempeño recogidas en el contrato aportan un mecanismo a la Administración para poder tomar acciones disciplinarias contra un operador económico que no cumpla con los términos contractuales.
- *Procedimientos de liquidación*. Esencialmente se trata de un procedimiento de revisión y documentación que ayude a asegurar que se han alcanzado todos los requisitos contractuales. Como parte del contrato administrativo, tiene como fin asegurar que el proveedor ha realizado su trabajo de acuerdo a los términos, condiciones y especificaciones

de su contrato. Los procedimientos de liquidación deben establecerse formalmente por escrito en la fase de cierre del contrato de forma que no quede ningún elemento importante sin contemplar.

- *Monitorización del contrato y revisión post-contractual.* Al final del período de contratación, deben evaluarse el rendimiento del operador económico y el método de seguimiento interno usado por dicho operador económico. Aunque ya se comentó que es imprescindible mantener reuniones de seguimiento periódicas con los proveedores (tanto en la sede del operador económico, como en la del comprador público) para mantener los objetivos del proyecto bajo supervisión, resulta igual de importante no prescindir de una reunión final de proyecto, que además incluya la realización una auditoría financiera.

Es muy frecuente que los compradores públicos no realicen una monitorización del desempeño del proyecto durante la ejecución del contrato, ya sea por falta de recursos o de capacidades, o bien por la creencia de que una supervisión puede llegar a constituir una barrera a la buena colaboración entre ambas partes. Sin embargo, la monitorización es fundamental, como ya se ha explicado en secciones previas. Por tanto, la monitorización efectiva de un contrato de CPI debe implicar lo siguiente:

- Que el comprador público tenga la capacidad y recursos para recoger y evaluar toda la información relevante recibida del operador económico, en cuanto a calidad y cantidad del servicio que ha sido entregado o que va a entregar.
- Un mandato específico de la alta dirección de la Administración para realizar la monitorización del contrato.
- Suficientes recursos financieros para contratar a evaluadores externos altamente cualificados.

Por ello es importante que los compradores públicos reciban formación tanto general en gestión de proyectos y como particular en monitorización de ejecución de contratos y que, además, se definan políticas y procedimientos que aseguren que proceso de monitorización se realiza de forma coherente y consistente.

1.3.2. *Evaluación del impacto del proyecto*

Una evaluación de impacto del proyecto una vez finalizado éste, ayuda a realizar una valoración de los impactos globales de la CPI; no solo el impacto conseguido sobre el comprador público sino también sobre el proveedor, la sociedad y la economía como un todo. Es una herramienta que permite valorar si los resultados alcanzados satisfacen los objetivos del comprador público,

basándose en los impactos definidos inicialmente en el modelo de negocio que debe haber sido realizado antes de iniciar el proyecto. De ahí se derivan lecciones aprendidas que ayudarán a preparar futuras compras públicas de innovación.

1.3.3. *Comunicación de resultados*

La Administración cuenta con presupuestos elevados para llevar a cabo proyectos de interés para los ciudadanos. Por ello, informar al público general sobre cómo se está utilizando ese dinero es una obligación. La mejor forma de publicitar un proyecto es realizar demostraciones del funcionamiento del producto adquirido mediante la CPI. Son muy útiles, por ejemplo, la organización de días abiertos donde el público puede ver de primera mano en qué se está trabajando o probar las soluciones que se han adquirido. Todo usuario final que tenga interés en el producto o servicio, puede apreciar el trabajo que se está realizando realizando y ver una demostración de los proyectos. La comunicación debe realizarse no solo por constituir una obligación contractual, sino porque realmente es uno de los aspectos más importantes que llevan a conseguir el éxito en un proyecto a través de la aceptación final del producto o servicio.

1.3.4. *Involucración del usuario final de la solución innovadora a lo largo de la vida del proyecto*

Es de suma importancia involucrar a las diferentes partes interesadas en un proyecto. Estas partes pueden ser personas, grupos o subgrupos de consumidores, o usuarios de terceras partes, que pueden tener un interés directo en el proyecto. En particular, esta involucración del usuario final o cliente es tan importante como la realización de la consulta abierta del mercado. El involucrar al usuario final permite que éste pueda dar su opinión sobre cómo deben describirse algunas especificaciones en el contrato.

Además, las necesidades del usuario final pueden ir cambiando a lo largo de la vida del contrato, con lo cual la consulta permanente con ellos puede aportar información relevante que permita identificar estos cambios a tiempo y lograr introducirlos en el contrato con el proveedor, para que el producto final satisfaga realmente las necesidades del usuario final.

Comúnmente se critica que no se reconoce la necesidad de involucrar al usuario final por parte de la Administración y esta falta de involucración suele tener impactos negativos en el éxito del proyecto, resultando muchas veces en la incursión de costes adicionales para poder corregir omisiones o errores. Sin embargo, hay que tener en cuenta también que la involucración y las consul-

tas con los usuarios finales no deben poner en peligro la independencia de la Administración en la toma de decisiones, además de poder llegar a crear situaciones de posibles conflictos de intereses, que puedan llegar a violar los principios de transparencia y de igualdad de trato. Los comentarios de los usuarios finales no deben influenciar el objetivo de la CPI de forma sustancial.

2. ASPECTOS ECONÓMICOS DE LA COMPRA PÚBLICA INNOVADORA.

Juan Carlos Gómez Guzmán

Economista. Consultor de costes y precios de contratos públicos

2.1. Introducción

La finalidad de los procesos públicos de compra es la de dotar a las Administraciones de soluciones para prestar un mejor servicio a los ciudadanos. Sin embargo, este objetivo principal puede coexistir con otros no menos importantes. Ese es el caso de la utilización de los procesos de contratación pública como instrumento de fomento de la innovación en las empresas, especialmente las PYMES y el desarrollo económico regional y local. Esta práctica se ha utilizado con destacados resultados en países y regiones con sistemas nacionales de innovación avanzados.

En los últimos años ha aumentado el interés por esta herramienta de Política de Fomento de la Innovación, como se demuestra a través de las varias estrategias de compras públicas desarrolladas a nivel comunitario y nacional. Sin embargo, se tiene la sensación de que este potencial no está adecuadamente aprovechado.

Se acepta que el mercado público supone en España en torno al 18% de PIB, por lo que su importancia económica convierte potencialmente a la compra pública en un potente instrumento político para establecer sinergias con otros objetivos de la agenda pública.

Como venimos afirmando, la CPI es una importante palanca de la innovación empresarial al generar nuevas oportunidades a los agentes económicos, pues la expectativa de nuevos mercados en los que posicionar sus productos y servicios es la principal razón que reconocen las empresas para incrementar su gasto en I+D+i. La Compra Pública Innovadora se constituye en el vehículo que permite dirigir la oferta tecnológica de las empresas hacia la demanda de nuevos bienes y servicios que existe en las administraciones públicas.

La CPI persigue, además, todos los objetivos de las políticas de innovación, pues estimula la actividad creativa de las empresas y se induce a algunos

sectores empresariales a que incrementen el volumen de recursos dedicados a la innovación, además de su acreditado efecto multiplicador sobre los sectores productivos, al tener efectos beneficiosos sobre la inversión y el empleo.

Bajo la denominación de CPI se instrumenta toda una estrategia de compras que tiene por finalidad mejorar la utilización de los recursos públicos fomentando un crecimiento económico sostenible, siendo su motor y eje de transmisión la innovación a través de contrataciones específicas cuyo objetivo es adquirir:

- a) servicios de investigación y desarrollo (I+D) puro, es decir la exploración del conocimiento básico y original («compra pública pre comercial-CPP») cuyo resultado es un bien intangible —los derechos de propiedad intelectual resultantes— que pueden quedar en el exclusivo dominio de la Entidad pública o, en su caso, los puede llegar a compartir con el agente económico designado para hacer la investigación básica; y
- b) bienes y servicios que no existen en el momento de la compra pero que pueden ser desarrollados en un período de tiempo razonable a partir de una investigación básica ya terminada o proceder de otros bienes y servicios, ya existentes en el mercado, para los que se busca nuevas utilidades o un mayor rendimiento, es decir, se trata de tecnología hecha a la medida y con los requisitos establecidos por el comprador («compra pública de tecnología innovadora-CPTI») con base en el conocimiento y la tecnología ya existente, pero que la innovación la mejora y supera.

El objetivo perseguido por las entidades públicas al realizar compra innovadora, ya no es tanto el de subvencionar actividades de I+D, sino adquirir productos y servicios para satisfacer necesidades específicas que mejoren la calidad de los servicios públicos que se prestan a los ciudadanos.

En general, la adquisición de CPI, ya sea en su modalidad CPP o CPTI, se caracteriza por su complejidad global. Y no solo por la dificultad para encontrar, definir o desarrollar productos y servicios que satisfagan la necesidad de quien los contrata, sino porque también entre los objetivos perseguidos con estas contrataciones se busca trascender a la propia utilidad de la prestación hacia, por ejemplo:

- la mejora de los servicios públicos mediante la incorporación de bienes y servicios innovadores,
- el fomento de la innovación empresarial de pequeñas y medianas empresas, y

- el impulso a la internacionalización de la innovación de esas empresas, empleando a la Entidad pública contratante como un cliente de lanzamiento o de referencia.

La CPI es, sin ninguna duda, una contratación compleja, porque, entre otras causas, existe una necesidad que requiere la búsqueda de nuevas soluciones actualmente inexistentes en el mercado, o se necesita dotar de mejoras funcionales y/o rendimiento a alguna solución ya existente en el mercado. Por ello, deben considerarse los aspectos que incluyan el estado de la prestación que se pretende contratar —es decir, grado de desarrollo de la tecnología, prototipos existentes, ofertas comerciales en el mercado, etc.—, precisándose la realización de iniciativas denominadas «consultas preliminares del mercado» para preparar adecuadamente la acción de la compra y elegir el procedimiento de contratación más adecuado, ya sea un «abierto» o «restringido», u otro que implique negociaciones, como son el «negociado con publicidad», el «diálogo competitivo» o la «asociación para la innovación», siendo estos los más adecuados para la selección del adjudicatario que deba realizar la solución innovadora.

Estos procesos CPI se caracterizan por el elevado grado de incertidumbre respecto del precio del servicio o producto que se necesita. Dicha incertidumbre viene condicionada por cómo realizar la adecuada determinación del precio definitivo del contrato, lo que requiere efectuar un procedimiento de compra que abarque tres etapas diferenciadas:

- Exploración del mercado para la determinación del grado de innovación en el entorno y de evaluación previa de los agentes económicos capaces, para determinar si pueden satisfacer las necesidades de la Entidad pública (fase de preparación de la contratación).
- Selección del contratista en un procedimiento de licitación —preferiblemente en uno negociado—, del que resultarán elementos definitivos del contrato que no se dan en las licitaciones más comunes de los procedimientos abiertos, como es el caso de que las prestaciones deban ser iniciadas con un precio provisional pero dentro de un límite máximo.
- Ejecución del contrato, que requerirá la realización de una auditoría de costes de la ejecución del contrato que permita determinar su precio definitivo con base en el coste realmente incurrido y el beneficio del contratista calculado con arreglo a la metodología acordada.

Todas estas circunstancias de fondo que rodean la compra compleja son las que proporcionarán una descripción completa del procedimiento de adquisición y una información precisa para que el órgano de contratación pueda establecer los objetivos de la compra en un procedimiento de contratación que incluya negociaciones. Por ello, debe procurarse una visión global de la ad-

quisición de tal forma que al órgano de contratación de permita desarrollar una adecuada negociación de la compra.

Por último, debe tenerse en cuenta que, en estas contrataciones complejas, cada contrato de CPI es único y debe ser tratado de forma particular. No sirve la estandarización. En consecuencia, deberá discutirse cualquier característica que pueda tener un impacto significativo en el objeto de la CPI y las mejoras que sean propuestas por los agentes económicos, de tal modo que, cada una de las singularidades, deben conocerse de antemano en la medida de lo posible, para ser objetivo específico de negociación de los costes de la prestación en la futura licitación.

2.2. Principales características económicas diferenciales de la CPI

2.2.1. *Contrataciones de «libro abierto»*

La modalidad «libro abierto» —o su designación por su acrónimo en inglés: *Open Book Contract* (OBC)— ha sido descrita por GÓMEZ GUZMÁN (2017, 688) como una contratación de costes reembolsables que puede ser utilizada por los órganos de contratación cuando no resulta eficaz la adjudicación del contrato mediante un procedimiento abierto y cuando entre los criterios de adjudicación intervienen factores relacionados con los costes.

Esta modalidad de contratación no está definida expresamente como tal en la vigente legislación contractual, ni siquiera se menciona en las Directivas del Parlamento y del Consejo Europeo, de febrero de 2014, sobre contratación pública. Sin embargo, los procedimientos de compras en la modalidad de «libro abierto» que se desarrollen, y que en esta obra se proponen para realizar la CPI, son completamente compatibles con las actuales normas contractuales, habiendo numerosas razones para su utilización. Entre dichas razones se encuentran las siguientes:

- La reclamación de los costes de la preparación de ofertas que formulen los licitadores. En ocasiones, como es el caso de procedimientos de CPI, los contratistas interesados en la puja se ven obligados a afrontar cuantiosos gastos para preparar y proponer una oferta adecuada y que satisfaga la «idea» o necesidad del poder adjudicador. Si se trata de concurrir a una licitación de compra innovadora, los pliegos requerirán el desarrollo de una nueva solución mediante la realización de investigación básica o incorporen requerimientos de mejoras sobre la realidad existente, de manera que los licitadores deban presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas posibles, incluidas aquellas vinculadas al ciclo de vida y a la sostenibilidad. Además, el licitador, probablemente, se vea obligado a probar y de-

mostrar el rendimiento de su solución y que esta reúne los requisitos funcionales establecidos por el órgano de contratación, así como también pueda requerir la obtención de algún tipo de licencia, derechos de la propiedad industrial o pago de royalties. Es evidente que estos procesos tienen un coste nada desdeñable para los agentes económicos.

En definitiva, la preparación de las ofertas puede exigir a los licitadores incurrir en cuantiosos costes que es razonable que quieran recuperar, sobre todo porque al promover la concurrencia ninguno de ellos tiene garantizada de antemano la adjudicación del contrato.

- La determinación del precio definitivo del contrato con base en el «coste reembolsable» en las contrataciones complejas que se adjudiquen mediante un procedimiento que requiera negociaciones, aplicando las reglas establecidas en el artículo 102.7 de la LCSP.
- El nuevo procedimiento de la «asociación para la innovación», por el que se realizarán las adquisiciones de los servicios de investigación y desarrollo, ya estén o no excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP¹.

A través de una modalidad de contratación de «libro abierto» en procedimientos de CPI se puede identificar la oferta que presenta la mejor relación coste-eficacia, porque se acuerdan los costes que son reembolsables y la metodología aplicable de cálculo del beneficio. Cuando se acuerdan los costes que son reembolsables, el precio final que percibirá el adjudicatario comprenderá los costes reales admisibles que hayan sido incurridos en la ejecución de la prestación más una cuota de beneficio que también se calcula con arreglo a una metodología acordada.

Esta modalidad de contratación no debe confundirse, ni sustituye, a los procedimientos de contratación establecidos en la ley, sino que es un método o conjunto de prácticas y actuaciones desarrollados en ellos que permitan asegurar, en la mayor medida de lo posible, la obtención de un precio competitivo en la CPI que sea adecuado al mercado, debido a la dificultad para poder definir en ella, con precisión y de antemano, las especificaciones del objeto del contrato y que implican la asunción riesgos que serían de otra manera muy elevados si se desarrollara un contrato de precio fijo en un procedimiento abierto, y que trata de evitar, como explica GÓMEZ GUZMÁN (2018,

¹ Como vimos, el art. 8 de la LCSP establece las condiciones por las que quedan excluidos de su ámbito de aplicación los contratos de investigación, el desarrollo y la innovación. Asimismo, viene a sustituir al contrato de colaboración entre el sector público y privado para ser utilizado cuando la complejidad de las prestaciones y otros factores hagan ineficaz promover un procedimiento «abierto» o «restringido», como son las que tengan por objeto la CPI.

117), *«futuros sobrecostes que son irrazonables en los contratos y con total ausencia de transparencia»*. También, además, permite proporcionar una mayor flexibilidad y claridad a la Entidad pública contratante para determinar el precio definitivo y se reduce el riesgo operativo y financiero del contratista porque, al menos, tiene garantizado la recuperación de todos sus costes que son imputables al contrato y la obtención de un beneficio razonable.

Este enfoque o modalidad de contratación está diseñada para que se desarrolle, principalmente, como venimos diciendo, en procedimientos que requieran negociación («procedimiento negociado», «diálogo competitivo» y «asociación para la innovación») y exige del establecimiento de un clima de confianza con el contratista en el sentido de que se pueda tener la mayor certidumbre sobre la fiabilidad de los estados de costes en los que soporte sus ofertas económicas y de los costes incurridos que reclame para su reembolso. Asimismo, el órgano de contratación, puesto que aprobará el precio definitivo del contrato con base en el coste incurrido admisible, también debe tener la certeza sobre la fiabilidad de la metodología de cálculo del beneficio utilizada por el contratista. Por este motivo, en el contrato se deben prever actuaciones que permitan el examen —por medio de los representantes que designe el órgano de contratación— de los soportes documentales de las estimaciones de costes que contienen sus ofertas económicas y de los costes incurridos para los que reclame su reembolso, debiendo ser evaluadas las transacciones, los registros contables, el sistema contable y el correcto funcionamiento de las prácticas y procedimientos de control interno del contratista a través de los que determina el coste de producción.

El conocimiento, por parte del órgano de contratación, de los sistemas de gestión y sobre sus políticas y procedimientos de control interno del contratista interesado en una futura licitación CPI es un asunto de primera magnitud en las contrataciones complejas.

Aunque, a primera vista, ese conocimiento pueda parecer fuera de lugar o impropio, lo cierto es que la LCSP, como ya lo hacían las anteriores normas reguladoras de la contratación desde la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, faculta al órgano de contratación, ahora en su artículo 102.7 c), para poder realizar los controles documentales y sobre el proceso de producción limitado a los elementos técnicos y contables que permitan determinar el coste de las prestaciones del contrato, lo que significa que no puede requerir al contratista que revele cualquier información acerca de sus negocios ni sobre las áreas no relacionadas con el contrato o sus prácticas comerciales con otros clientes.

La intención para desarrollar contrataciones en la modalidad de «libro abierto», como señala GÓMEZ GUZMÁN (2017, 698), debe basarse en el deseo de crear actitudes proactivas en la consecución de los mejores resultados, transparencia y buen gobierno en la contratación pública. Por ello, un OBC

se utiliza con eficacia cuando se desea proporcionar incentivos en la entrega de un proyecto a tiempo, a un precio razonable y dentro del límite máximo de valor estimado del contrato, sin que existan sobrecostes irrazonables.

2.2.2. *Costes reembolsables*

Un contrato de coste «reembolsable» es aquel por el cual el «precio» del contrato se determina con base en el coste incurrido admisible. A estos efectos el «precio» del contrato se compone del «coste» y del «beneficio» del contratista, que no tiene por qué representar siempre una ganancia positiva para el contratista al entrar en juego el principio de riesgo y ventura del artículo 197 de la LCSP.

En estos contratos, como en todos los demás, a no ser que exista una disposición en contrario, es imperativo la realización del «presupuesto base de licitación» que es el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, requiriéndose, en el artículo 100.1 de la LCSP, que sea adecuado a los precios de mercado, desglosando, en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento que lo sustituya, los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. Además, cuando se prevea que el coste salarial imputable al contrato sea significativo, como es el caso de los servicios de investigación y desarrollo de las compras públicas pre comerciales (CPP), también deben quedar desglosados dichos costes y con desagregación de género.

Por otra parte, en la metodología del cálculo del «valor estimado» del contrato, que se desarrolla en el artículo 101 de la LCSP, se especifica que deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de que en los costes laborales derivados de los salarios que se paguen a los trabajadores no sean inferiores a los establecidos por las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial del contratista.

Todo ello da a entender, de forma muy genérica, cuáles son las reglas generales para establecer el coste admisible imputable al contrato y que deben ser puestas en conexión con el artículo 102.7, letras a) y b), de la LCSP, por el que, en los contratos complejos adjudicados en procedimientos que requieren negociaciones, se exige especificar en los pliegos el procedimiento para determinar el precio definitivo, con referencia a los costes efectivos realmente incurridos y a la fórmula de cálculo del beneficio, y las reglas contables que el adjudicatario deberá aplicar para determinar el coste de las prestaciones.

En estos contratos de CPI, cuando se concrete el «presupuesto base de licitación», el valor de este habrá de tomarse como estimación del «precio máximo» —coste más beneficio, en su caso— que podrá alcanzar y que no

se podrá rebasar. Por tanto, conforme el artículo 102.7 de la LCSP, estos contratos de «coste reembolsable» se iniciarán con un «precio provisional», y el «precio definitivo» que se abonará al contratista, es decir el precio final del contrato, se determinará en función de los costes en los que realmente incurra en la ejecución de la prestación y del beneficio (o de la metodología de cálculo) que se haya acordado. No permitiéndose, lógicamente, en estos contratos (artículo 102.7 de la LCSP *in fine*), la revisión de precios.

El contratista tiene derecho a percibir el importe del precio definitivo de la prestación realizada, conforme a lo establecido en la ley y en las reglas que, para su determinación, se especifiquen en los pliegos del contrato. Por ello, esta modalidad de fijación del precio con base en el coste reembolsable admisible es la más apropiada en la adquisición de proyectos que combinen servicios de ingeniería, suministros y construcción, es decir la CPI, particularmente si, además, estuvieran vinculadas a subvenciones o a una financiación específica o estructurada, y en los casos en los que la Administración comparta con el contratista la remuneración y los beneficios de la investigación y desarrollo básicos obtenidos en una CPP.

En nuestra opinión, los contratos de costes reembolsables, en la modalidad OBC, deberían convertirse en el medio habitual y más eficaz para estas adquisiciones complejas de CPI, haciendo que su precio sea determinado por el coste incurrido, debiendo ser utilizado alguno de los siguientes sistemas:

- *Coste y costas.* En los que el contratista no recibe ninguna cuota de beneficio o, en su caso, una utilidad fijada de antemano. Sólo se pagan los costes incurridos en la ejecución del contrato. Este sistema es apropiado, por ejemplo, en la CPP cuando se utilice el procedimiento de la «asociación para la innovación» hasta haber obtenido el prototipo de la investigación y desarrollo. Se compensan las inversiones específicas que deba acometer el contratista y se sufragan los costes de ejecución del contrato hasta la obtención del prototipo, o en los que haya incurrido hasta ser descartado como socio de la asociación para la innovación.
- *Precios unitarios.* Contratos en los que ya se tiene alguna referencia sobre los costes de las prestaciones que se quieren conseguir y sobre sus elementos técnicos y contables, por lo que el valor estimado del contrato puede formularse y descomponerse en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten. En estos casos, también de «coste reembolsable» se paga el coste incurrido admisible más un beneficio calculado conforme una metodología —o fórmula— que se determine en el contrato. En general, este sistema es apropiado en los contratos derivados del resultado obtenido en una «asociación

para la innovación», es decir en la compra pública de tecnología innovadora (CPTI).

- *Contratos de margen fijo (beneficio) con incentivos.* El contratista puede ser incentivado para operar de manera más eficiente, ya sea porque se haya introducido un objetivo de costes o de rendimiento, que en ambos casos se persiguen. Aquí el límite de coste máximo o del mayor rendimiento perseguido ha sido acordado en la negociación del contrato. Al finalizar su ejecución se compara el coste real incurrido con el coste establecido como objetivo —o el rendimiento y calidad, en su caso—, teniendo en cuenta los cambios y/o modificaciones que en el contrato se hayan acordado durante su ejecución. Si el coste incurrido es menor que el coste objetivo —o el rendimiento es superior—, los ahorros conseguidos en los costes son compartidos entre las partes —o es premiado el adjudicatario por la mayor calidad o rendimiento alcanzado— con base en el incentivo pactado, a menudo un porcentaje de los costes. Si el coste incurrido fuera mayor que el coste objetivo, porque se ha primado la obtención de un rendimiento superior, estos costes adicionales también se pueden compartir entre las partes.

Este sistema, cuya utilización es especialmente útil cuándo se trate del lanzamiento comercial de un producto innovador con base en una CPTI, es mostrado con detalle por GÓMEZ GUZMÁN (2018) quién, además, explica la metodología para la aplicación del incentivo por el ahorro de costes, basado en el algoritmo utilizado por el Grupo de Evaluación de Costes (GEC) del Ministerio de Defensa.

- *Costes compartidos.* En este sistema, similar al de «coste y costas», sólo se compensa al contratista por la parte convenida de los gastos admisibles, no percibiendo beneficio alguno. Es muy útil en la CPP de investigación y desarrollo básico cuando 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 los beneficios de dicha I+D.

Todos estos sistemas requieren el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de la metodología y las reglas para determinar el coste de producción, mediante la aprobación de normas de costes adecuadas, y que permitan la comprobación de los costes imputados al contrato por el contratista, ya sean los estimados en la formulación de sus ofertas como los incurridos que declare y reclame para su reembolso. Dichos costes deberán ser comprobados por la «auditoría de contratos», de tal manera que los resultados y conclusiones de su informe sirvan al órgano de contratación para tomar la posición negociadora de los aspectos económicos del contrato, en la fase contractual de la licitación, y la aprobación de los costes admisibles que per-

mitirán determinar el precio definitivo del contrato y el importe que deba ser pagado. Además de contar con una metodología para el cálculo del beneficio que responda a criterios que valoren el esfuerzo y los riesgos técnico, económico y financiero asumidos por el contratista, establecer los incentivos que premien el ahorro en los costes, sin merma del rendimiento del producto o pérdida de calidad y la utilización de las prácticas de trabajo más eficientes por parte del adjudicatario.

La determinación del «coste reembolsable» en un entorno o modalidad de contratación de «libro abierto» exige la apertura de la información contable y de gestión del contratista para poder tener la mayor certidumbre acerca de que la información sobre los costes facilitada por el contratista sea:

- fiable y transparente,
- completa,
- precisa,
- actual, y
- fácilmente accesible.

De esta manera, los datos que recibe el órgano de contratación sobre los costes en las contrataciones complejas que orbitan el precepto del 102.7 de la LCSP, permiten proporcionar la necesaria transparencia en el proceso de la determinación del precio del contrato basado en un ambiente colaborativo con los contratistas, ya que aporta al órgano de contratación una comprensión sobre:

- los gastos y los consumos de factores previstos o reales, es decir las bases del coste de producción estimado o realmente incurrido,
- las implicaciones que tienen en los costes las decisiones que toma el adjudicatario sobre las inversiones que deba realizar para acometer las prestaciones del contrato,
- los procesos de gestión y el control interno que permiten al adjudicatario conseguir los objetivos de la manera más eficiente en costes, y
- las decisiones que toma el contratista para realizar cambios en los procesos productivos que les hagan más eficaces.

No obstante lo anterior, un sistema de «costes reembolsables», en la modalidad de contratación de «libro abierto», depende, en gran medida, de la consideración de factores tales como:

- los objetivos del órgano de contratación —por ejemplo: reducción de costes, la obtención de una mejor relación calidad-precio, rendición de cuentas, transparencia en la determinación del precio, etc.—,

- la naturaleza de la prestación —el objeto del contrato—,
- las oportunidades para la eficiencia en costes,
- la duración del proyecto y su importe,
- la inconveniencia de promover un procedimiento abierto o restringido, cuando se prevea dificultades de conseguir suficiente concurrencia,
- el establecimiento y aprobación de una norma de costes en el pliego de cláusulas administrativas particulares,
- el establecimiento de las cláusulas de «auditoría de contratos» que permitan realizar las comprobaciones sobre los elementos técnicos y contables del coste de producción, y,
- el establecimiento de una cultura de comunicación abierta y honesta, que será la base de la confianza que se requiere para sostener el proceso.

En consecuencia, los procedimientos de adjudicación que requieren negociaciones, como es el «negociado con publicidad», el «diálogo competitivo» y la «asociación para la innovación», los apropiados para ser utilizados en contrataciones en la modalidad de «libro abierto» cuyo precio definitivo deba determinarse por el «coste reembolsable» admisible. Sin embargo, debemos ser conscientes de que el desarrollo de estos procedimientos es más complejo y requiere una cantidad de esfuerzo mayor y de recursos que los utilizado habitualmente, por ejemplo, en un procedimiento «abierto», pero esta desventaja es solo aparente porque se ve compensada con la oportunidad de obtener la mejor relación calidad-precio, asegurando el interés público y garantizando la transparencia.

2.3. Análisis económico del mercado

Los órganos de contratación, en primer lugar, cuando proyecten la adquisición o promuevan a través de la contratación pública la innovación, deben asegurarse de que identifican apropiadamente las necesidades y evalúan las opciones disponibles (el «estado del arte») para adquirir los bienes y servicios que cubren esas necesidades. Para ello, debe solicitar la realización de las oportunas investigaciones del mercado antes de desarrollar cualquier documento en el que prescriban los requerimientos técnicos (Pliego de Prescripciones Técnicas) para la adquisición; y, antes de solicitar ofertas a los agentes económicos. Esta política debe incluir la conducta de aprovechar al máximo —o en la medida en que ello sea posible— los estudios de mercado ya disponibles comercialmente o desarrollar una investigación específica para desvelar cuáles son las capacidades de las empresas

actuales —grandes o pequeñas— y los nuevos participantes que puedan estar interesados —incluido compañías «*startup*»— para entrar en la contratación pública.

Los resultados de la investigación de mercado específica que desarrolle deben servir para:

- Determinar si las empresas actuales son capaces de satisfacer los requisitos de la innovación que se pretende adquirir.
- Evaluar los artículos comerciales ya existentes y si estos son adecuados para satisfacer las necesidades y en qué medida están ya disponibles y, en su caso si:
 - cumplen con los requisitos requeridos,
 - pueden ser modificados para cumplir con los requisitos requeridos, o
 - pueden cumplir, en su caso, con los requisitos técnicos, si éstos se modifican en un grado razonable.
- Determinar el grado en el que alguno de artículos comerciales o comunes podrían ser incorporados en el elemento innovador que se persigue.
- Conocer las prácticas de las empresas dedicadas a la producción, distribución, soporte y mantenimiento de los bienes y servicios que se proyecta adquirir.
- Comprender las políticas y procedimientos que utilizan las empresas con el respeto al medioambiente, la eficiencia del consumo energético y si promueven prácticas socialmente responsables.
- Obtener su disponibilidad de permitir el libre acceso a la información financiera, de gestión y sobre los costes de producción, así como a sus sistemas y procedimientos de control interno.
- Determinar, de forma razonable, el «presupuesto base de licitación» que sirva de límite del precio máximo del contrato y el desglose de la estructura de costes al mayor nivel de detalle.

Además de lo anterior, las políticas de las «consultas preliminares del mercado» deben ir dirigidas para conocer e interactuar con el mayor número de agentes económicos, también con los pequeños negocios de la zona local si fuera posible dividir en lotes el contrato. Para ello, debería notificarse a cualquier pequeña empresa la intención para contratar y los requerimientos de la contratación, así como facilitar su puesta en contacto con la Entidad pública contratante para que pueda obtener la información que precise para concurrir a la licitación.

2.4. Procedimientos

De acuerdo con lo establecido en el artículo 134.1 de la LCSP, los órganos de contratación pueden publicar un anuncio de información previa. Esta comunicación, que se realizará en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil del contratante, tiene la finalidad de dar a conocer las contrataciones que tengan proyectado adjudicar en los doce meses siguientes para los contratos que estén sujetos a regulación armonizada (SARA), también puede comunicarla por los medios que estime que son eficaces (página *web*, *meeting market events*, folletos, anuncios en medios de comunicación, entre otras) para su mayor difusión, en las que puede incluir a aquéllas contrataciones no SARA que tenga proyectadas. A partir de este momento, hasta el inicio del expediente de contratación —tramitación ordinaria conforme art. 116 de la LCSP—, se pueden realizar las «consultas preliminares del mercado» con vistas a la preparación de la licitación.

Toda adquisición debe comenzar con una descripción de las necesidades a satisfacer expresadas en términos suficientes que permita la realización de una investigación o consulta del mercado.

La evaluación determinará si el objeto de la contratación es comercial (los artículos o servicios ya están disponibles en el mercado) o se trata de servicios innovadores de carácter pre comercial o de bienes y servicios que pueden ser modificados sobre otros ya existentes que son mejorados para satisfacer las necesidades específicas que se pretende cubrir con su adquisición.

El alcance de las «consultas preliminares del mercado» variará dependiendo de factores tales como la urgencia, valor estimado, la complejidad y la experiencia pasada. Normalmente el órgano de contratación necesitará un periodo de tiempo que podría abarcar —plazo orientativo— entre tres y seis meses para llevar a cabo eficazmente la investigación de mercado antes de iniciar el expediente de contratación, aprobarlo (artículo 117 de la LCSP, disponer la apertura del procedimiento de adjudicación y ultimarlos incluso con la adjudicación y formalización del correspondiente contrato, aun cuando su ejecución, ya se realice en una o en varias anualidades, deba iniciarse en el ejercicio siguiente².

Los procedimientos realizados durante las «consultas preliminares del mercado» deben consistir en la obtención de información específica sobre la CPI que se proyecta adquirir. Dicha información debe ser acerca de:

- Los bienes y servicios habitualmente disponibles en el mercado comercial, los que puedan ser adecuadamente modificados para adap-

² Deben tenerse en cuenta las normas financieras de ejecución del gasto contractual en tramitación anticipada y plurianual, en los términos previstos en la Ley 47/2003, de 26 de

tarse a los requerimientos técnicos y los que puedan ser útiles corrigiendo mínimamente dichos requerimientos.

- Si los productos o servicios innovadores se utilizarán exclusivamente para los propósitos de la entidad pública contratante y/o pueden ser comercializados con posterioridad.
- Las prácticas habituales de fabricación, modificación o adaptación de obras, bienes y servicios para satisfacer las necesidades del órgano de contratación y de los costes estimados de producción asociados, incluidos los relacionados con el «ciclo de vida».
- Las fuentes de financiación de la adquisición y disponibilidad del crédito presupuestario.
- Los requisitos de las leyes financieras para la tramitación ordinaria o anticipada del expediente de contratación y la consiguiente disponibilidad de reserva de crédito plurianual.
- El conocimiento de la capacidad financiera real de los agentes económicos (distinta de la que se requiere para acreditar la solvencia económica y financiera en la licitación).
- El conocimiento de las políticas y los sistemas de gestión y de control interno de los agentes económicos potenciales que permita al órgano de contratación confiar en la oferta económica presentada, porque está soportada en datos verdaderos, actuales y exactos.

Las técnicas para la realización de estos estudios de mercado, algunas de ellas también conocidas como «mapa de demanda temprana», pueden incluir cualquiera de las actividades o una combinación de las siguientes:

- Poner en contacto personas con conocimientos de la Entidad contratante y la industria respecto a las capacidades que tiene el mercado para satisfacer las necesidades de aquella. Esto se puede conseguir organizando eventos, jornadas, conferencias, etc.
- Encuestas que detecten y desvelen las necesidades de otras Entidades públicas y si son coincidentes con la del órgano de contratación que promueve la adquisición de CPI.
- Analizar los resultados de investigaciones de mercado recientes en las que se hayan detectado requisitos o necesidades similares.

noviembre, General Presupuestaria y en las normas de las haciendas autonómicas y local correspondientes.

- La publicación, por parte del órgano de contratación, de solicitudes formales de información en revistas profesionales, técnicas o científicas adecuadas.
- Mantenimiento de una página *web* de la Entidad contratante en la que se informe puntualmente de las necesidades y próximos proyectos, con una exposición de requerimientos de tipo básico.
- Participación interactiva en foros, redes sociales en Internet y comunicaciones *online* entre el personal de adquisiciones del órgano de contratación y la industria.
- Obtención de fuentes o una lista de elementos similares adquiridos por otras Entidades públicas o asociaciones comerciales.
- Revisión de catálogos que están disponibles en las publicaciones hechas por los fabricantes, ya sea a través de sus redes comerciales o se hallen disponibles *online*.
- La organización y realización de reuniones de intercambio de información («*meeting market events*») para involucrar a los potenciales licitadores en el proceso temprano de adquisición.

Si la investigación de mercado establece que la necesidad puede ser satisfecha por algún tipo de artículo o servicio conocido y disponible en el mercado comercial, lo aconsejable es que la adquisición sea realizada mediante un procedimiento de adjudicación ordinario, es decir uno «abierto» o «restringido». Pero si el número de potenciales licitadores es muy pequeño, por ejemplo igual o inferior a tres, debería considerarse el desarrollo de un procedimiento de adjudicación que incorpore negociaciones, como es el procedimiento «negociado con publicidad».

Ahora bien, si de la investigación de mercado indica se deduce que los artículos y servicios requeridos no están disponibles para satisfacer las necesidades del órgano de contratación, en estos casos se debería evaluar si la necesidad puede ser satisfecha con otros elementos comerciales mejorados o si se precisa de una innovación pre comercial (investigación y desarrollo básico). En estos casos, lo aconsejable es desarrollar un procedimiento de adjudicación que exija negociaciones, como el «diálogo competitivo» y la «asociación para la innovación».

Para llevar a cabo las «consultas preliminares del mercado», los poderes adjudicadores podrán realizarlo con medios propios o solicitando el asesoramiento de expertos externos que también podrán utilizarse en la planificación y desarrollo del procedimiento de contratación (artículo 115.1 de la LCSP), pero deberá prestarse especial cuidado en no falsear la competencia y que, si dichos asesores también concurren a la licitación, no sean afectados por las restricciones que establece el artículo 70 (condiciones especiales de compati-

bilidad) de la LCSP, en el sentido de que habrán de garantizar su completa independencia para no quebrar el principio de igualdad de trato.

El asesoramiento al que nos hemos referido debe ser utilizado por el órgano de contratación para preparar adecuadamente el procedimiento de licitación, como pueden ser elementos del contrato que deban ser negociados y los candidatos que deban ser invitados al «diálogo competitivo» o elegibles como socios en la «asociación para la innovación». Sin embargo, de las «consultas preliminares del mercado» no puede resultar un objeto contractual tan concreto y delimitado que únicamente se ajuste a las características técnicas de uno de los consultados, introduciendo en los pliegos, o documento similar que los sustituya, características muy concretas, sino que deben de tratarse de una manera genérica, o mediante exigencias generales que no comporten ventajas, respecto de la adjudicación del contrato, de unas empresas sobre otras.

En todo caso, el órgano de contratación debe dejar constancia documentando los resultados de las «consultas preliminares del mercado» de una manera que sea adecuada al tamaño y la complejidad de la adquisición y el esfuerzo realizado en dichas consultas.

2.5. Perspectiva económica de la gestión del riesgo derivado del objeto del contrato

Uno de los aspectos de mayor transcendencia que debería ser una preocupación de primera magnitud para los órganos de contratación es que los licitadores en procedimientos de adquisición de CPI sean realmente aptos para desarrollar el contrato, si resultasen adjudicatarios, con absoluta garantía de éxito y a plena satisfacción de la Administración.

Tradicionalmente, esta faceta se resuelve mediante la exigencia de acreditación de los requisitos de aptitud y de solvencia técnica y económica y financiera del empresario para contratar.

Dejando aparte las circunstancias generales relacionadas con la capacidad, como son la personalidad jurídica, estar al corriente de las obligaciones tributarias y sociales, no estar incurso en alguna prohibición para contratar y la que se refiere al período de pago a proveedores, la acreditación de la solvencia económica y financiera y la técnica y profesional por el contratista pretende demostrar que va a poseer la capacidades técnicas y económico-financiera necesarias durante la ejecución del contrato, es decir en el futuro, después de la adjudicación, lo que debería garantizar su ejecución satisfactoria.

Sin embargo, la LCSP incorpora un precepto novedoso que está pasando desapercibido y que es muy interesante. Se trata del segundo párrafo del ar-

título 65.1 que permite la posibilidad de ampliar las condiciones de aptitud exigibles de los empresarios para contratar, y que dice:

«Cuando, por así determinarlo la normativa aplicable, se le requirieran al contratista determinados requisitos relativos a su organización, destino de sus beneficios, sistema de financiación u otros para poder participar en el correspondiente procedimiento de adjudicación, éstos deberán ser acreditados por el licitador al concurrir en el mismo».

Esperamos el desarrollo reglamentario de esta disposición, porque puede ser muy útil para prevenir eficazmente las situaciones de riesgo que acechan las compras públicas, cuando el contratista realmente no tiene la capacidad financiera necesaria y que no se detecta con los medios generales previstos en las letras a), b) y c) del apartado 1 del artículo 87 de la LCSP, lo que viene siendo habitual que se produce la interrupción de la ejecución de la prestación por el contratista y su auto expulsión del contrato, circunstancias que ocasionan grandes quebrantos en la eficacia de la contratación. Afortunadamente para los contratos concesionales, y también cuando las inversiones sean financiadas por el contratista, en la letra d) se permite al órgano de contratación establecer medios de acreditación de la solvencia económica y financiera alternativos a los anteriores. Una solución así sería muy conveniente en las contrataciones complejas y de alto riesgo como es la CPI.

Esta necesidad de reducir los riesgos en la contratación de la CPI debe ser la palanca para introducir, en la medida de lo posible, procedimientos de análisis de la «salud» y el «músculo» financieros de las empresas que aspiran a participar en la licitación de productos y servicios innovadores. Dicho análisis debe realizarse durante el período de las «consultas preliminares del mercado», como un elemento más de ese conocimiento de los agentes económicos, y de sus sistemas y políticas de control interno. Todo ello permitirá depositar la mayor confianza en los contratistas que serán invitados o seleccionados para participar en un procedimiento de CPI que requiera negociaciones, como el «diálogo competitivo» y la «asociación para la innovación».

2.5.1. El riesgo de control interno

El riesgo de control es definido por GÓMEZ GUZMÁN (2018, 128) como «la probabilidad de que los controles internos del contratista no prevengan o detecten a tiempo errores materiales, irregularidades o información falsa que afecten significativamente a los costes presentados en sus ofertas económicas o a los costes incurridos del contrato de los que reclaman su reembolso».

El análisis y evaluación del riesgo de control interno, continúa diciendo, debe realizarse sobre las políticas y procedimientos de los controles internos implantados por el contratista relativos a su contabilidad y sistemas de gestión,

y que será realizado, al amparo del artículo 102.7 c) de la LCSP, por el órgano de contratación valiéndose de sus medios internos o utilizando otros externos mediante una firma o profesional de la consultoría/auditoría con reconocida capacidad y experiencia en la «auditoría de contratos», con el objetivo de recoger evidencia suficiente para expresar una opinión acerca de la suficiencia y fiabilidad de la contabilidad del contratista y la consistencia de los sistemas de gestión y fiabilidad de los controles internos para el cumplimiento con las normas y regulaciones aplicables y condiciones del contrato.

A los efectos que aquí se tratan, haciendo un paralelismo con ese inciso del artículo 65.1 de la LCSP, la evaluación del control interno del contratista en la fase de «consultas preliminares del mercado» debe realizarse, al menos, sobre su «organización», «destino de beneficios» y el «sistema de financiación».

Por «organización» no debe entenderse que nos estamos refiriendo a la estructura organizativa u organigramas por departamentos o áreas de responsabilidad de la empresa, sino que los requisitos relativos a la capacidad de la «organización» deben vincularse con el sistema de «control interno» y que los procedimientos están diseñados para proteger los activos de la empresa contra el fraude, las irregularidades y la prevención de malas prácticas malgastadoras y derrochadoras. El contratista es apto si demuestra que es capaz de mantener un sistema organizativo volcado hacia el control interno con el que todas las personas que pertenecen a la organización están identificadas y comprometidas.

Por «destino de beneficios» debe entenderse que las empresas cabales mantienen una política de distribución del beneficio ajustada a un principio de cautela, evitando la descapitalización de forma irresponsable. Su objetivo debería ser el aumento de su valor en el mercado.

Por «sistema de financiación» debe entenderse como la composición de su «estructura de capital», es decir el grado de participación en su financiamiento de los recursos propios y ajenos, manteniendo un porcentaje óptimo entre ambos.

El resultado de estas evaluaciones, durante las «consultas preliminares del mercado», debe permitir elegir a aquellos agentes económicos que sean realmente aptos para participar en un «diálogo competitivo» o una «asociación para la innovación».

2.5.2. *El riesgo financiero*

Los tradicionales medios para acreditar la solvencia económica y financiera, es decir la cifra neta de ventas o volumen anual de negocios y el valor

del patrimonio neto, o ratio de activos y pasivos, son claramente ineficaces. Además, cabe preguntarse si es razonable inferir la solvencia futura del contratista cuando deba realizar la prestación en el futuro basada en datos contables actuales, cuando puede haber una brecha en el tiempo —en el mejor de los casos— de medio año. Las contingencias que pueden suceder durante ese período y a la velocidad en que se suceden los acontecimientos en los negocios de las empresas pueden hacer variar su posición de fortaleza/debilidad financiera.

Por tanto, uno de los objetivos de las «consultas preliminares del mercado» debería ser el conocimiento de la capacidad financiera real de los agentes económicos interesados en participar en el procedimiento de licitación de la CPI, cerciorándose el órgano de contratación de que los elegidos o seleccionados poseerán los fondos necesarios para ejecutar el contrato (pagos de materiales, salarios, gastos generales, inversiones necesarias, etc.) después de realizada la adjudicación.

Las dificultades financieras del contratista pueden interrumpir sus calendarios de producción, ocasionarle ineficiencias en el uso de los recursos o, simplemente, no poder llevar a cabo la ejecución del contrato. Y esto no se detecta con la simple demostración de cifra de ventas del pasado. Por ello, es preciso disponer, con la antelación suficiente —el período apropiado es en la fase de «consultas preliminares del mercado»— una información precisa sobre las circunstancias que pueden indicar condiciones económicas desfavorables o adversas u otras situaciones que podrían impedir la capacidad del contratista para llevar a cabo la ejecución del contrato.

La detección temprana de situaciones de riesgo o debilidades financieras de los agentes económicos interesados en participar en un procedimiento de CPI, permite al órgano de contratación:

- prevenir pérdidas de productos y servicios críticos objeto de la contratación,
- incrementar o disminuir los pagos a cuenta,
- proteger los activos de la Administración,
- aumentar o disminuir el volumen de la carga de trabajo del contratista,
- alertar al contratista de los riesgos financieros en que se encuentra para que tome las medidas extraordinarias y correctoras pertinentes,
- sugerir al contratista, entre otras más posibles acciones, buscar fuentes alternativas de financiación o la venta de activos ociosos para obtener liquidez, y
- evitar la pérdida financiera a la Administración.

Cuando se realice la evaluación de la capacidad financiera real del contratista debe hacerse hincapié en la condición de riesgo financiero actual y en las tendencias de los flujos de efectivo a corto plazo, así como la capacidad de obtener fondos adicionales al margen del curso normal de las operaciones. Si bien la evaluación de los datos financieros históricos puede indicar condiciones económicas desfavorables o adversas, el enfoque del análisis debe orientarse hacia la capacidad del contratista para obtener y mantener unos flujos de efectivo en el futuro que le permitan cumplir con el objeto del contrato.

Durante las «consultas preliminares del mercado» la evaluación del riesgo financiero del contratista debe quedar adecuadamente documentado, debiendo ser completando un programa de pasos detallados del examen sobre su capacidad financiera. La base para apoyar el pronóstico sobre la fortaleza/debilidad financiera del contratista debe basarse en el resultado de los flujos de caja y mediante la obtención de una comprensión extensa de su estructura de control interno y de las operaciones conexas en materia de planificación y seguimiento financiero, incluyendo el plan de gestión de tesorería y la realización de:

- Un análisis de los hechos relevantes que podrían afectar la capacidad financiera del contratista.
- Un análisis de tendencias de las principales masas patrimoniales del balance del contratista, en particular sus cuentas a pagar, cuentas a cobrar y existencias en almacén.
- Un análisis de las tendencias de los principales elementos de la cuenta de resultados del contratista (es decir, ingresos, gastos, margen bruto, etc.).
- Un análisis del flujo de caja de los últimos tres años y el previsto en el corto y largo plazo (al menos que abarque el período de ejecución del contrato), que es el verdadero indicador de la salud financiera.
- Un análisis de los acuerdos fuera de balance, es decir provisiones, deudas contingentes y transacciones con partes vinculadas.
- La determinación efectiva acerca de que el contratista está pagando las nóminas, efectuando los ingresos a cuenta de impuestos sobre la renta y sociedades, seguros sociales y liquidaciones de IVA, a tiempo.
- Una revisión de los indicadores específicos de riesgo de fraude.
- Un seguimiento de otros indicadores que plantean interrogantes sobre la capacidad financiera del contratista.
- Un análisis de la gestión del efectivo de la filial por la empresa matriz.

Los estados financieros de los agentes económicos que se deberían conseguir durante las «consultas preliminares del mercado» son los relativos a los

tres últimos ejercicios que hayan sido cerrados y auditados, así como la información del año corriente, hasta el último mes cerrado, el presupuesto y el avance del cierre del ejercicio actual. Sin embargo, si los datos del año en curso representan un período de menos de seis meses, puede no ser representativa como base para evaluar la situación financiera actual de contratista, por esta razón se necesita el presupuesto y una tendencia que prevea, razonablemente, el cierre del año. Si existen razones de peso para cuestionar los estados financieros, o si estos no han sido auditados por auditores externos, se deberían realizar procedimientos limitados de comprobación para verificar la información financiera antes de calcular los ratios, el flujo de caja o el análisis de las tendencias. Estos procedimientos podrían incluir, por ejemplo, la comparación de cifras de masas patrimoniales tales como los activos totales, pasivos totales, y las ventas de la cuenta de resultados con las declaraciones del impuesto de sociedades y/o el IVA.

Por último, debe evaluarse la consistencia y grado de efectividad de los controles internos del sistema financiero del contratista, como, por ejemplo, mediante la verificación de la existencia de políticas y procedimientos escritos que exijan el análisis de las actuales condiciones financieras con el fin de anticipar y evitar situaciones adversas y la preparación de presupuestos de tesorería que incluyan hipótesis razonables y que se encuentren convenientemente soportadas.

No obstante lo anterior, existen otros indicadores que plantean dudas de las finanzas de una empresa y encamina a pensar sobre la existencia real de debilidades financieras. Entre dichos indicadores se pueden citar, a modo de ejemplo, cualquier consideración o presentación de situación pre concursal de un contratista, la aparición de noticias de la empresa en la prensa que hacen sospechar la existencia de dificultades financieras, eventos o condiciones importantes como el impago de préstamos/contratos de crédito, la negación del crédito comercial habitual por los proveedores; etc.

2.6. El precio y su determinación en la CPI

La LCSP, en su artículo 35, establece el contenido mínimo de los contratos, y la obligación de que todos los que se celebren acogidos a su ámbito de aplicación incluirán necesariamente la mención del precio cierto, o el modo de determinarlo.

Cabe comenzar diciendo, como afirman AGÜERAS ANGULO y CORVINOS BASECA, que el concepto de precio cierto del contrato «adolece de falta de definición en la legislación administrativa», lo que significa que deba identificarse con el concepto de «precio fijo», pues, en todo caso, el precio del

contrato se encuentra sujeto a determinadas circunstancias que lo modifican, como la revisión de precios³.

Para una mejor comprensión de las diferencias entre precio cierto y precio fijo, resulta de interés lo expresado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) en su Informe 52/2009, de 26 de febrero, que después de citar un fragmento del Dictamen del Consejo de Estado de 4 de marzo de 1993 (Número de expediente: 1409/1992), concluye que *«el precio cierto admite un precio sujeto a variaciones, aunque determinable en todo caso»*.

Asimismo, la LCSP, en su artículo 102, establece que la retribución del contratista consistirá en un «precio cierto» —aunque admitido, como ha dictaminado la JCCA, que puede ser sujeto a variaciones determinables— que sea consecuente con la prestación realmente ejecutada y que los órganos de contratación cuidarán porque el precio sea el adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación. De modo que, como terminan diciendo AGÜERAS y CORVINOS en su artículo, está abierta la posibilidad «a que el precio sea fijo o variable por referencia a parámetros que permitan su determinación», como pueda ser con base en los costes admisibles de producción que sean reembolsables.

También se prevé en la LCSP, como ya lo venían haciendo las anteriores, que el precio del contrato pueda formularse en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, es decir precios unitarios de la mano de obra y de los materiales que se apliquen en la ejecución del contrato que, multiplicados por el volumen de unidades aplicadas, determinará el precio del contrato.

Por otra parte, también podrían establecerse incentivos en el ahorro de costes de producción del bien o servicio —variación de precios en función de la eficiencia del contratista—, lo que nos lleva nuevamente al Informe 52/2009 de 26 de febrero de 2010 de la JCCA⁴, de tal manera que este ahorro sirva también para retribuir el esfuerzo del contratista —como una prima adicional de beneficio— en el cumplimiento de un objetivo de reducción de costes sin merma de la calidad.

³ <<http://pedrocorvinosabogado.es/precio-fijo-precio-variable-y-precio-cierto-en-los-contratos-del-sector-publico/>>.

⁴ «Los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento.../...debiendo determinar con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación».

Pero cuando «excepcionalmente» —dice el artículo 102.7 de la LCSP, aunque en la práctica en la CPI no se aprecia realmente esa excepcionalidad— deban celebrarse contratos con precios provisionales tras la tramitación de un procedimiento negociado, un diálogo competitivo o una asociación para la innovación, y en donde se pone de manifiesto que la ejecución del contrato debe comenzar antes de que la determinación final del precio, ya sea por la complejidad de las prestaciones o por la necesidad de utilizar una técnica nueva, o en los casos en que no existe información sobre los costes de prestaciones análogas anteriores y sobre los elementos técnicos o contables que permitan negociar con precisión un precio cierto, son bajo estas circunstancias, precisamente, cuando tiene todo su sentido, justificación y crea valor la «auditoría de costes y precios de contratos», o simplemente «auditoría de contratos», de la que nos ocuparemos más adelante.

En los contratos celebrados con precios provisionales (donde también cabe la posibilidad de realizar una auditoría o revisión de la oferta para establecer el precio máximo del presupuesto) el precio final se determina dentro de los límites fijados para el precio máximo, en función de los costes en los que realmente incurra el contratista y del beneficio calculado conforme a la metodología acordada. Entonces es cuando hay que comprobar que los estados de costes que presenta el contratista, ya sea de las ofertas o los de la ejecución del contrato, representan la imagen fiel del coste de la oferta y/o del incurrido en el contrato, y que dichos costes sean admisibles, es decir: afectables (o imputables) al objeto del contrato (la prestación), y son razonables técnica y económicamente.

La LCSP, como las dos anteriores que la preceden, también prevé la posibilidad, sin mencionarlo expresamente, de someter a una evaluación y examen los estados de costes presentados por los contratistas cuando dice que, en todo caso, se detallarán en el contrato los siguientes extremos:

«Artículo 102.7

- a) El procedimiento para determinar el precio definitivo, con referencia a los costes efectivos y a la fórmula de cálculo del beneficio.*
- b) Las reglas contables que el adjudicatario deberá aplicar para determinar el coste de las prestaciones.*
- c) Los controles documentales y sobre el proceso de producción que el adjudicador podrá efectuar sobre los elementos técnicos y contables del coste de producción».*

Por tanto, podemos concluir que el precio definitivo del contrato en una CPI, que es cierto en todo caso, debido a su complejidad, las incertidumbres y el riesgo que la rodean y, finalmente, debido a la ausencia de referencias válidas de los costes de prestaciones semejantes, el precio debería ser determinado mediante la comprobación del coste realmente incurrido por el con-

tratista al concluir la ejecución del contrato y, para ello, debería someterse a la evaluación y el examen de la «auditoría de contratos».

2.7. Licitación de CPI con negociaciones

La Directiva 2014/24/UE considera necesario⁵, y aconseja, que los poderes adjudicadores gocen de la mayor flexibilidad para elegir un procedimiento de adjudicación que prevea «negociaciones» —procedimiento «negociado con publicidad», el «diálogo competitivo» y, ahora también, la «asociación para la innovación»—, argumentando que así se favorece el comercio transfronterizo y es mucho más eficaz, en diversas situaciones, que las contrataciones mediante procedimientos abiertos o restringidos en los que no hay negociación. No obstante, un procedimiento de «licitación con negociación debe ir acompañado de salvaguardias adecuadas que garanticen la observancia de los principios de igualdad de trato y de transparencia»⁶.

Dichos procedimientos de adjudicación con negociaciones demuestran ser útiles en contrataciones de prestaciones complejas, como es la CPI, en las que deben evaluarse las diferentes soluciones técnicas que puede ofrecer el mercado, particularmente en los proyectos de CPP (servicios de investigación y desarrollo), los de ejecución de grandes infraestructuras o proyectos informáticos de gran tamaño, los que, en ocasiones, requerirán también una financiación compleja y estructurada.

En un entorno de compra innovadora que requiere desarrollar una contratación en la modalidad de «libro abierto», como la que hemos definido anteriormente, y cuando la determinación del precio deba hacerse por el coste reembolsable admisible, precisa de procedimientos de adjudicación con negociaciones.

La opinión que abunda entre el público de manera generalizada —y hay razones para ello— sobre los procedimientos negociados, es muy negativa, porque se asocian inmediatamente con la contratación directa («a dedo»), a la ausencia de transparencia y la limitación a la concurrencia, y porque han propiciado la corrupción. Pero nada más lejos de la realidad (o la realidad que debiera ser), porque en todos los procedimientos con negociaciones establecidos por la Directiva 2014/24/UE se exige la observancia de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad de trato y de no discriminación. Además, en el considerando (42) de la Directiva se recomienda a los poderes adjudicadores la utilización de procedimientos con negociaciones, porque «incrementaría probablemente el comercio transfronterizo» y es más

⁵ Ver considerando (42) de la Directiva.

⁶ Ver considerando (45) de la Directiva.

eficaz «en situaciones diversas en las que no es probable que puedan obtenerse resultados satisfactorios de la contratación mediante procedimientos abiertos o restringidos sin negociación». Es decir, que se recomienda su utilización en procedimientos de adquisición de las compras complejas, como las que son objeto de esta obra, y no deberían ser descartados por los órganos de contratación al realizar CPI.

La negociación de un contrato requiere de un trabajo arduo, y puede comprender cualquier elemento del contrato⁷. Se pueden negociar incluso aspectos relacionados con los criterios de adjudicación, pero no los propios criterios de adjudicación, porque lo prohíbe el artículo 169.5 de la LCSP. Es decir, la negociación no cabe sobre la enumeración de los criterios de adjudicación ni sobre la forma de valorarlos, pero sí pueden ser negociados los elementos que los componen.

Por otra parte, los procedimientos que requieren negociaciones, especialmente el «diálogo competitivo» y la «asociación para la innovación», se dividen en fases en las que los agentes económicos pueden ir variando su propuesta, después de las cuales se va reduciendo el número de licitadores con los que se negocia, hasta alcanzar la fase final con la que los licitadores presentan su oferta definitiva que es la que se valora con los criterios de adjudicación.

2.7.1. *Influencias externas a la negociación*

Debe considerarse cualquier influencia externa o presiones de tiempo que puedan afectar a la negociación de la CPI, tales como, por ejemplo, prioridad de adquisiciones, limitaciones de financiamiento, operaciones del cierre de ejercicio presupuestario, etc. Por ello, deben discutirse y cuantificarse, si es posible, el impacto que dichas circunstancias externas tienen en las instrucciones dadas por el órgano de contratación, porque afectarán a la forma de dirigir las negociaciones. En particular, la negociación de los costes que puedan considerarse inadmisibles, o específicamente prohibidos de imputación al contrato, depende en gran medida de estas influencias, porque una limitación en la financiación, por ejemplo, puede hacer bajar el techo de admisibilidad para determinados costes que de otra manera sí serían aceptados; o la urgencia por adjudicar el contrato antes del cierre de la fecha contable para contraer obligaciones, puede no dejar tiempo para evaluar costes de la oferta que de

⁷ El artículo 166.2 de la LCSP establece que: «En el pliego de cláusulas administrativas particulares se determinarán los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas».

otra manera, con más tiempo, hubieran sido descubiertos y declarados expresamente prohibidos para la imputación al contrato.

2.7.2. *Instalaciones o servicios proporcionados por la entidad pública contratante*

En la negociación debe tenerse en cuenta las instalaciones o equipos, que siendo propiedad de la Administración o siendo un servicio prestado por la Entidad contratante, se proporcionarán al contratista como resultado de la contratación. Por ello, estos elementos deben ser valorados, si se prestan sin coste para el contratista o, si se trata de un gasto compartido, el porcentaje de la participación de la entidad contratante en la inversión total. Esta área es importante tenerla en cuenta para negociar costes que no pueden imputarse al contrato y la metodología de cálculo del beneficio.

En el caso de la negociación de la metodología para calcular el beneficio, el hecho de que la Entidad Pública contratante ponga a disposición de la ejecución del contrato instalaciones (por ejemplo), evitará al contratista tener que acometer inversiones necesarias, con la consiguiente eliminación de riesgo financiero al no tener que asumir el coste de financiamiento de esas inversiones de capital fijo.

2.7.3. *Elementos de la negociación*

En procesos de licitación en los que se desarrollan negociaciones, como es el caso de las contrataciones de CPI, es deseable conciliar el objetivo del órgano de contratación y la propuesta del agente económico. La negociación debe llevar a conseguir un precio justo y razonable, de tal manera que los costes admisibles y la metodología de cálculo del beneficio establecido deben ser respetuosos con la transparencia del proceso de la negociación y consistentes con la posición negociadora y el objetivo fijados por el órgano de contratación. Estos elementos son desarrollados por GÓMEZ GUZMÁN (2018) en su obra sobre la determinación del precio de los contratos públicos con base en el coste, y que son los siguientes.

2.7.4. *La confianza en los datos de costes*

El equipo asesor que negocie la contratación en nombre del órgano de contratación tiene la necesidad de poseer una documentación precisa y concisa que le permita confiar en los datos que suministra el licitador en su oferta. Por ello es importante que pueda obtener informes de una «auditoría de contratos»

relativos a la revisión de la oferta del contratista y, también, sobre los sistemas y procedimientos de gestión y del control interno.

Si se utiliza directamente la información suministrada por el contratista, como base del objetivo o de la posición en la negociación, es imprescindible documentar el hecho de que, previamente, han sido revisados por la «auditoría de contratos» los datos de la oferta del contratista y las políticas y procedimientos de estimación de costes y presupuestación de las ofertas económicas, e indicar cómo se utilizaron los resultados del informe del auditor de contratos para establecer la posición de la negociación, porque es solo el hecho de que el contratista haya presentado los datos de la oferta y estos hayan sido revisados por la «auditoría de contratos» lo que les confiere auténtica confianza.

Sin embargo, no existe el requisito imprescindible de utilizar datos de la oferta auditados para establecer el objetivo y posición negociadora del órgano de contratación —porque puede que, aunque fuera poco recomendable, no ha habido tiempo para desarrollar la «auditoría de contratos»— y se utilice otra metodología para establecer dicha posición, como usar, por ejemplo, datos generales de la industria y compararlos con los que presenta el contratista o utilizar fórmulas o técnicas de estimación diferentes. Si esto último sucediera, debe documentarse para demostrar que los datos del contratista fueron evaluados y se puede confiar en ellos para negociar el precio del contrato.

Como reclama HUERTA BARAJAS (2008, 57), *«para poder realizar una correcta evaluación de una oferta, es esencial disponer de la información precisa que permita analizar los costes presupuestados»*. La evaluación de los datos y la documentación de soporte, que somete el licitador en sus ofertas, no pueden tomarse a la ligera, pues en el futuro pueden tener una importancia trascendental cuando deban ajustarse costes defectuosos en los incurridos de la ejecución del contrato. Por esta razón, deben volcarse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP), con el suficiente nivel de detalle, los resultados de los acuerdos alcanzados, porque solo así se garantizará el éxito ante situaciones de litigio en el futuro, particularmente cuando las discrepancias afecten a la admisibilidad de los costes.

Además, el éxito en el descubrimiento de acciones fraudulentas también depende del nivel de confianza depositada en la información evaluada del licitador, particularmente cuando la polémica sobre los costes y la metodología para el cálculo del beneficio se produce meses después de haber ocurrido la negociación original y cuando los recuerdos sobre lo tratado se han desvanecido.

Por último, cuando se confía en los datos aportados por el contratista, estos se pueden aceptar y utilizar para hacer proyecciones y establecer la posición de la negociación, en cuanto a lo relacionado con los costes admisibles del

contrato y la metodología de cálculo del beneficio. Sin embargo, únicamente es recomendable confiar plenamente en datos que han sido revisados y que proceden de sistemas evaluados por una «auditoría de contratos».

2.7.5. *Algunos aspectos concretos del coste en la negociación*

Normalmente, las negociaciones que se desarrollen en una CPI no deberían establecer el acuerdo sobre un monto o la suma que puede alcanzar cada elemento de coste del contrato —es decir, la cantidad de valor de los materiales, mano de obra, gastos generales, etc.—, porque, si así se hiciera, se anularía el espacio para la interpretación del órgano de contratación acerca de la admisibilidad de los costes que pueden ser aceptados e imputados al contrato, y se encastillaría en su propia posición y objetivo de nivel de costes por alcanzar.

Por el contrario, debe negociarse los criterios de asignabilidad y razonabilidad (admisibilidad) y niveles de afectabilidad/imputación de determinados costes —que no los costes prohibidos expresamente que establece el órgano de contratación—, porque de esta manera serán admisibles todos los costes —a excepción de los defectuosos o cuestionados— hasta el límite del precio máximo establecido para el contrato. Así, solo el desglose de los costes admisibles formará el objetivo y la posición negociadora del órgano de contratación y que permitirá representar una estimación del precio provisional de la adjudicación con base en los costes negociados y la metodología aprobada para el cálculo del beneficio.

2.8. **Separación de costes recurrentes y no recurrentes**

En las compras de CPI normalmente comprende actividades de ingeniería y fabricación, o construcción, por lo que los costes recurrentes⁸ y los no recurrentes⁹ originados en la ejecución del objeto del contrato y el esfuerzo de producción, tendrán que ser segregados. Particularmente, los costes no recurrentes deben ser negociados específicamente uno a uno, porque debe demostrarse su necesidad y utilidad. Estos costes deben documentarse por el licitador

⁸ Los costes recurrentes son aquéllos variables o fijos, directos o indirectos al objetivo de coste, que se producen sobre una base continua en todos los períodos económicos (sueldos, alquileres, seguros, amortizaciones, etc.).

⁹ Los costes no recurrentes son aquéllos que se producen de una sola vez y su asignación a los objetivos de costes se puede efectuar de forma acumulada con otros costes no recurrentes o individualmente. Típicamente, los costes no recurrentes son los relacionados con la investigación y desarrollo o los incurridos en la obtención de algún tipo de capacidad o competencia nueva para producir (adquisición de instalaciones de producción).

proporcionando una descripción completa de los datos y su información de soporte, para que puedan ser negociados acordando los criterios para su asignabilidad y razonabilidad, es decir la admisibilidad para su imputación al contrato.

La necesidad de identificar y rastrear estos costes por separado es doble. En primer lugar, porque las compras de CPI necesitarán la identificación y valoración de los elementos de coste por separado para que no se produzca una doble imputación de los costes no recurrentes al objetivo de costes —ya sea como directos y, al mismo tiempo, por otra vía, a través de la erogación de alguna agrupación de costes indirectos—. En segundo lugar, la segregación de los costes no recurrentes será crítica para las adquisiciones posteriores de CPTI que se basen en la investigación y desarrollo preliminar —por ejemplo, los incurridos durante la fase previa de una «asociación para la innovación» que alcanza hasta el desarrollo del prototipo—, porque ya habrían sido compensados al licitador que participó en dicha etapa contractual y no deben ser imputados, nuevamente, en la ejecución del contrato derivado de aquella.

2.9. Incentivos por el ahorro de costes

Esta es una materia especialmente sensible en los contratos de adquisición de CPI, ya se traten de servicios de investigación básica pre comercial, a través de un procedimiento de «asociación para la innovación», o de CPTI derivada de dicha investigación y desarrollo. Los costes de la producción de un bien o servicio innovador pueden estimarse y negociarse sobre la base de los costes históricos del prototipo —en CPTI— o sobre la propuesta de la solución —en CPP— elegida por el órgano de contratación. Sin embargo, también pueden establecerse escalaciones o parametrizaciones introduciendo funciones de variables que recojan curvas de aprendizaje y mejoras en los procedimientos productivos que hagan más eficiente las operaciones de fabricación y, con ello, el ahorro de costes. En consecuencia, esto hará que la opción elegida sea la que proporcione la mejor relación calidad-precio.

El ahorro incentivado, como continúa destacando en su trabajo HUERTA BARAJAS (2008, 66), debería utilizarse en aquellos contratos cuyo coste incurrido es susceptible de variación en función de la mayor o menor eficiencia en la utilización de los medios de producción por parte del contratista. En consecuencia, el precio definitivo que será pagado dependerá del ahorro logrado, pero que nunca superará un precio máximo fijado. A este respecto, GÓMEZ GUZMÁN (2018) analiza el modelo desarrollado para el Grupo de Evaluación del Costes (GEC) del Ministerio de Defensa, el mismo que también fue observado por HUERTA BARAJAS en su trabajo.

Los parámetros de dicho modelo, tales como el objetivo de costes, la tasa de beneficio nominal y los factores o coeficientes de riesgo, deberían ser objeto de negociación. Siendo solo posible alcanzar la mayor eficacia en la negociación cuando se utilicen las contrataciones en la modalidad de «libro abierto». Lógicamente, la negociación sobre los parámetros del incentivo por el ahorro o eficiencia en costes, solo cabe que sea realizada sobre los proyectos que alcancen la última fase de la negociación y cuando, previamente, se haya tomado posición y acordado otros aspectos como son, por ejemplo, los costes recurrentes.

Finalmente se requiere, para el establecimiento de la valoración final del incentivo, la evaluación por la «auditoría de contratos» de los costes incurridos que son reclamados por el contratista, de manera que dicho incentivo solo se calcula con base en la diferencia entre el objetivo de costes y los costes considerados admisibles en la auditoría.

2.10. Metodología de cálculo del beneficio

La obtención de beneficio es una aspiración legítima del contratista, ya que su consideración, por parte del órgano de contratación, permite al adjudicatario aplicar las mejores prácticas en la ejecución del contrato.

La retribución del contratista debe ser acorde al esfuerzo en la ejecución, el valor aportado y los riesgos financieros y operativos que asume en la realización de su prestación. Por ello, la negociación del beneficio debe orientarse en los términos del «enfoque financiero» explicados por GÓMEZ GUZMÁN (2018) en su obra sobre la determinación del precio de los contratos públicos con base en el coste.

Dicho enfoque se basa en considerar la capacidad que tengan los agentes económicos para obtener, al menos, flujos de caja positivos después de las actividades de explotación, debido a que las futuras operaciones que realicen los adjudicatarios en la ejecución del contrato impactarán necesariamente en ellos haciendo variar sus necesidades operativas de fondos. Además, si el contratista se viera obligado a realizar nuevas inversiones en activos fijos, de conformidad con los requerimientos técnicos del contrato, en este caso debería considerarse el valor de los flujos de caja después de las actividades de inversión.

El porcentaje de beneficio básico que se negocie debería responder a una metodología de cálculo que considere la actual relación (antes de la adjudicación) entre el valor de la caja generada por las operaciones (o flujo de caja después de las operaciones de explotación) y el valor de las ventas netas antes de la adjudicación. El beneficio del contrato otorgado al adjudicatario debería, al menos, mantener esa relación entre el nuevo valor de la caja generada por

las operaciones y el nuevo valor de las ventas netas que ya incorporar la facturación de las prestaciones del contrato.

Sin embargo, el órgano de contratación también puede considerar diversos factores de ponderación de ese beneficio básico, que aumentaría de la mejora y mayor eficiencia del contratista en los costes, aspectos financieros y técnicos, y fiabilidad de sus políticas de gestión y procedimientos de control interno.

2.11. Ofertas con base en los costes y criterio de valoración

2.11.1. *Presentación de ofertas en CPI*

Las proposiciones de los interesados en una licitación, en general, deberán ajustarse a lo establecido en los pliegos y los documentos que rigen la licitación. En dichos pliegos y documentos deberá aprobarse el modelo en el que los licitadores deberán presentar sus proposiciones y el órgano de contratación tiene libertad para requerirlas con el contenido y en el formato que estime conveniente, incluida la documentación de apoyo que deba acompañarlas, pudiendo ser en formato electrónico, de tal manera que sea apropiado para valorarlas y respondan al objeto de la contratación.

En una adquisición de CPI, en las que el objetivo de la negociación del precio debe basarse en los costes estimados de las prestaciones y en alcanzar el acuerdo acerca de los mecanismos que servirán para determinar el precio definitivo al término de la ejecución del contrato, el formato de presentación de la oferta económica debería poder permitir el análisis y evaluación de la coherencia entre la solución técnica propuesta y los costes previstos para realizarla. Para ello, la oferta económica, basada en una descomposición de costes elementales en el nivel de detalle que se determine, debería ser consecuente con una estructura de descomposición del trabajo —*Work Breakdown Structure* (WBS)—, que es la desagregación jerárquica del trabajo a ser ejecutado y cada nivel descendente de la WBS representa una definición del valor añadido proyectado con un detalle incrementado mayor.

Asimismo, debería ser una política de los órganos de contratación para obtener ofertas equitativas y razonables en las adquisiciones de CPI, de la misma manera en que por ejemplo se prescribe en las americanas *Federal Acquisition Regulation* (FAR), en su parte 15 sobre contratos negociados, párrafo 15.402, exigir en la presentación de las ofertas y obtener de los licitadores una «certificación de los costes» acompañada de los datos de apoyo y documentación de soporte que justifique su valoración. El formato en el que debe ser formulada la «certificación de los costes» de la oferta y presentados

los datos y documentación que apoye sus valoraciones, también deberá ser aprobado en los pliegos.

Lo que acabamos de describir ya no es una quimera en España, pues a raíz de un reciente procedimiento para la contratación¹⁰ aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Armilla, expediente 2018/GCTT 2609, consistente en una concesión de servicios que incorpora una construcción que es financiada por completo por el concesionario, se exige que la oferta económica sea presentada mediante la «certificación de los costes» y sus datos de soporte descompuestos en un formato electrónico —Propuesta de Electrónica de Costes (PEC)—.

2.11.2. *Criterio de adjudicación en una CPI basado en los costes*

Establece la LCSP, en su artículo 145.1, que la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en la mejor relación calidad-precio, o bien que, previa justificación en el expediente, «los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia». Así que la ley no entiende que sea lo mismo «calidad-precio» que «coste-eficacia», de ahí que los diferencie.

El criterio de «coste-eficacia», que es el que debería aplicarse en la CPI, evoca el concepto de «rendimiento», en el sentido del beneficio o utilidad que proporciona algo. Por tanto, no será el precio más bajo el que proporcione mayor «rendimiento», sino el coste equilibrado y razonable, acorde con la estructura de descomposición del trabajo (WBS), el que reportará la mayor utilidad. Sin embargo, no es cualquier coste el que aporta utilidad al objeto del contrato, sino solo los que sean declarados admisibles de imputación al contrato, porque son «asignables» y se ha demostrado que son necesarios para el proyecto y «razonables», desde sus facetas técnica y económica.

En la compra pública innovadora (CPI), en la que se conduce un procedimiento de adjudicación que requiere negociaciones, deben obtenerse ofertas en las que se valore la relación coste/rendimiento. Los órganos de contratación deben identificar y establecer los elementos básicos que intervendrán en la negociación los licitadores. Por ello, deben solicitar a los licitadores que presenten sus ofertas económicas basadas en el coste, debiendo ser valorados,

¹⁰ <[https://contrataciondelestado.es/wps/portal/!ut/p/b1/hZBLC4JAFIV_kdzrqKMufY6KpfkqZyNCJgOpm4jo16dCm0C7uwPfOedygEMt64apyjqacAE-tk_Rtw8xje0dauBc-b6zKO1mhqSDLUg-JnelU9ZNZIIIRD-xKDeHdXKKB2lwBOG9VLHMcPCBq54i-KJ3bKkwSLJDNQzgBtn4erfKsSvX1MctYqq1OYhQwwD341LWUNG6D___GfiK-7CWswN6L-yUIx2Aaut_xEjbt4jSQ5EyliPSZTEPB4knt3yUGL9B78DtII!/>](https://contrataciondelestado.es/wps/portal/!ut/p/b1/hZBLC4JAFIV_kdzrqKMufY6KpfkqZyNCJgOpm4jo16dCm0C7uwPfOedygEMt64apyjqacAE-tk_Rtw8xje0dauBc-b6zKO1mhqSDLUg-JnelU9ZNZIIIRD-xKDeHdXKKB2lwBOG9VLHMcPCBq54i-KJ3bKkwSLJDNQzgBtn4erfKsSvX1MctYqq1OYhQwwD341LWUNG6D___GfiK-7CWswN6L-yUIx2Aaut_xEjbt4jSQ5EyliPSZTEPB4knt3yUGL9B78DtII!/)

como criterio de adjudicación, los costes estimados que sean admisibles de imputación al contrato.

A este respecto, GÓMEZ GUZMÁN (2017, 712), al proponer los criterios para la selección de los socios en una «asociación para la innovación», discurre que es necesaria la evaluación de los costes estimados de la oferta (los costes certificados y sus datos de soporte) mediante la aplicación de la «auditoría de contratos» para determinar los que son admisibles. Solo así, el órgano de contratación, con el resultado de los trabajos de la auditoría, puede concluir exitosamente la negociación y establecer cuál es la oferta económica que presenta la mejor relación «coste-eficacia».

En el resultado de los trabajos de la «auditoría de contratos» se informará al órgano de contratación de la situación de los costes estimados que el licitador ha propuesto imputar al contrato. Se trata de desvelar qué volumen relativo de los costes propuestos son admisibles dentro del límite de precio máximo, que será el criterio de valoración, y no su valor económico global. En consecuencia, dichos costes quedarán clasificados en alguno de los siguientes tres estados:

- *Costes sin salvedades*: Son aquéllos que son razonables y cuya necesidad se ha reconocido para la obtención del objetivo final de la adquisición de la CPI.
- *Costes sin resolver*: Son costes que tienen salvedades pero cuya necesidad se ha demostrado y, sin embargo, su importe no se considera razonable por no haber podido ser contrastado debidamente, ya sea porque el contratista tiene debilidades en sus sistemas de control interno, especialmente en sus procedimientos de estimación de costes que hacen sospechar de su fiabilidad; o porque no ha aportado suficiente información de soporte como para aceptar la validez del coste final de la CPI.
- *Costes no soportados*: Son costes con salvedades en los que hay evidencias suficientes para excluir su imputación a la CPI, por ser irrazonables e innecesarios.

Todos estos costes son negociados con los licitadores, de manera que los costes sin salvedades son susceptibles de ser incorporados en su totalidad al objeto del contrato; los costes sin resolver deben ser acordados específicamente —partida por partida—, pudiendo, incluso, ser retirados de la oferta por el licitador; y, por último, los costes no soportados se excluyen de plano de la oferta.

En la valoración de la oferta económica, bajo la perspectiva de este criterio, obtendrá la mayor puntuación la oferta («certificación de los costes») que resulte con el mayor volumen relativo de costes «sin salvedades»

que hayan sido verificados por la «auditoría de contratos». Este criterio de valoración penalizará la oferta que finalmente presente en ella costes «no soportados», siendo mayor la penalización cuanto mayor sea el volumen relativo de estos que se mantengan en la «certificación de los costes». Finalmente, no puntuará el volumen relativo de costes «sin resolver» que en última instancia permanezcan en la «certificación de los costes» u oferta definitiva.

Llamamos la atención sobre el hecho de que este procedimiento al valorar la oferta económica no discrimina por la carestía de los costes, sino por los que resultan ser admisibles o no. Por tanto, no se penalizan las mejoras significativas que proponga el licitador en cuanto a aspectos sociales, medioambientales y/o soluciones técnicas e innovadoras.

En la siguiente tabla se muestra el procedimiento para la valoración de ofertas, con base en los costes admisibles, según la metodología descrita anteriormente.

	factor	oferta 1 = 500 u.m		oferta 2 = 1000 u.m		oferta 3 = 2000 u.m	
		costes %	puntos x100	costes %	puntos	costes %	puntos
costes «no soportados»	-2	10%	-20	0%	0	5%	-10
costes «sin resolver»	0	0%	0	20%	0	10%	0
costes «sin salvedades»	1	90%	90	80%	80	85%	85
		100%	70	100%	80	100%	75

La oferta mejor valorada es la nº 2 porque obtiene la mayor valoración en puntos. Sin embargo, no es la más barata, que en este ejemplo es la oferta nº 1, pero queda en último lugar por estar penalizada por la mayor cantidad de costes «no soportados».

La oferta nº 3, a pesar de ser la más cara, queda en segundo lugar y también se ve penalizada por los costes «no soportados».

Los costes «sin resolver» de la oferta nº 2 ganadora, aunque cuantiosos, se ha demostrado que son necesarios, pero su importe deberá ser contrastado.

Fuente: elaboración propia.

De todo esto se desprende que aquéllos contratistas que tengan implantados los mejores procedimientos de control interno en su gestión y sean más transparentes, es decir presenten su contabilidad como un auténtico «libro abierto», serán los que ofrezcan las mejores garantías de obtener costes «sin salvedades» en su oferta y tendrán mejores oportunidades para alcanzar la adjudicación de la CPI.

2.12. Establecimiento del precio cierto definitivo en una CPI

2.12.1. *Procedimiento para determinar el precio definitivo*

La LCSP establece, en su artículo 102.7, que podrá fijarse un procedimiento con base en el coste incurrido efectivo (entiéndase admisible) y una metodología de cálculo del beneficio de cómo habrá de determinarse el precio definitivo de la CPI cuando se utilice un procedimiento de adjudicación que requiera desarrollar negociaciones, es decir un «negociado con publicidad», un «diálogo competitivo» o la novedosa «asociación para la innovación», porque «se ponga de manifiesto que la ejecución del contrato debe comenzar antes de que la determinación del precio sea posible por la complejidad de las prestaciones o la necesidad de utilizar una técnica nueva, o que no existe información sobre los costes de prestaciones análogas y sobre los elementos técnicos o contables que permitan negociar con precisión un precio cierto».

Cuando se produzcan esas circunstancias, la ejecución de las prestaciones deberán ser iniciadas con un precio provisional pero dentro de un límite de precio máximo, debiendo garantizar a los contratistas que participen en cada una de las fases en las que se divida el procedimiento —aunque esto no lo diga la ley, pero el sentido común lo impone— que podrán recuperar y serles reembolsados los costes en los que incurran mientras participen en dichas fases, hasta que sean descartados o sea elegida la solución innovadora que propongan.

Para poder realizarlo, el órgano de contratación debe especificar expresamente en los pliegos que el precio definitivo se determinará con base en el coste realmente incurrido por el contratista, debiendo establecer:

- a) El procedimiento para la admisibilidad de los costes reembolsables y la metodología para el cálculo del beneficio.
- b) La aprobación de las reglas contables que el contratista deberá aplicar para determinar el coste de producción.
- c) La obligación del contratista a someterse a la «auditoría de contratos», mediante la que se efectuarán los controles documentales y sobre el proceso de producción y evaluará los elementos técnicos y contables de los costes que el contratista reclama su reembolso.

Estas cuestiones son ampliamente desarrolladas en su manual por GÓMEZ GUZMÁN (2018), remitiendo a dicha obra al lector que quiera profundizar en esta materia. Aquí solo esbozaremos algunas consideraciones que creemos las más importantes.

El precio de los contratos públicos debería consistir en la cantidad de riqueza necesaria para compensar los costes de producción más un beneficio

razonable que retribuya el esfuerzo y el riesgo asumido por el contratista. El contrato de coste «reembolsable» es un tipo de contratación mediante la cual el precio que se paga lo es únicamente con base en el coste incurrido admisible. Sin embargo, los costes admisibles nunca pueden llegar a desbordar el precio máximo del contrato y los que excedan del objetivo de costes serán asumidos íntegramente por el contratista con cargo a su beneficio, pudiendo, incluso, ser anulado por los costes.

Por ello, en estos contratos debe determinarse una estimación del precio máximo —coste más beneficio, en su caso— con el fin de hacer la correspondiente reserva de crédito y fijar el techo del importe previsto que el futuro contrato no puede rebasar. Por tanto, conforme el artículo 102.7 de la LCSP, estos contratos de coste «reembolsable» se iniciarán con un precio provisional y en el que el precio definitivo que se abonará al contratista, es decir el precio final del contrato, se determinará en función de los costes en los que realmente incurra en la ejecución de la prestación y del beneficio (o de la metodología de cálculo) que se haya acordado. Siendo imposible en estos contratos de coste «reembolsable», lógicamente, la revisión de precios.

No obstante lo anterior, un contrato de coste «reembolsable» tiene también sus limitaciones, ya que no es posible utilizarlo con eficacia si el sistema de contabilidad del contratista y los procedimientos de control interno son inadecuados y poco fiables para determinar con garantías los costes imputables al contrato. Por esta razón, el órgano de contratación debe requerir al contratista que también someta al examen de la «auditoría de contratos» sus sistemas contables y de gestión y sus políticas y procedimientos de control interno, para poder comprenderlo y confiar en que los datos de costes que se extraiga de ellos son fiables, completos, precisos y actuales.

Finalmente, para determinar el precio definitivo del contrato y el coste reembolsable, habrá de elegirse alguno de los sistemas descritos anteriormente.

2.12.2. *Norma de costes*

Las normas de costes son necesarias para poder determinar el valor de los costes imputados a los contratos de CPI. Esta exigencia viene establecida en el artículo 102.7 de la LCSP.

Una norma de costes proporciona las pautas para realizar la descomposición individualizada, hasta el nivel de detalle que se determine, de los diferentes costes directos e indirectos que son asignables al contrato, permitiendo su comparabilidad y la aplicación de la «auditoría de contratos».

Los agentes económicos sometidos a las normas de costes aprobadas en un procedimiento de contratación de CPI deben asumir su contenido, independientemente de que las definiciones de costes se ajusten o no a las que utilice habitualmente en su empresa, porque ceñirse a estas normas facilitará la labor de los controles documentales y sobre el proceso de producción y sobre los elementos técnicos y contables del coste. En definitiva, la determinación del precio cierto y definitivo del contrato.

En el supuesto de que el contenido de alguna definición o término de la norma de costes aprobada no pudiera ser asumido parcial o totalmente por el contratista, este debería manifestarlo al órgano de contratación con la mayor prontitud posible para tratar de converger hacia una terminología consensuada que sea eficaz.

Asimismo, el órgano de contratación, asesorado por el equipo de auditoría de contratos que designe, debe valorar y aprobar la utilización de conceptos o términos no recogidos en la norma de costes que apruebe, siempre que esa utilización alternativa no difiera sustancialmente del resultado que se obtendría de haberse utilizado tal y como se contempla en las reglas aprobadas.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que las normas por la que se establecen criterios para la determinación del coste de producción, aprobadas por Resolución de 14 de abril de 2015, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, son de obligado cumplimiento para todas las empresas, y que los resultados obtenidos del coste industrial completo, calculado conforme a dichas reglas, no tiene por qué coincidir y ser admisible en su totalidad como el coste que sea imputable al contrato de CPI, ya que el órgano de contratación puede establecer algunas restricciones e imponer otras reglas de costes específicas para el contrato en atención a sus circunstancias específicas del mismo.

Además, cabe señalar que las citadas normas del ICAC se ocupan solo de regular el cálculo del coste al denominado nivel industrial, es decir que incluye solo el coste directo y de los gastos generales de fabricación, pero no abarca el coste completo «radical» o «extendido» que es el requerido para este contrato, en el que también se recogen los gastos generales y de administración, los gastos de gestión de servicios centralizados y los costes financieros en términos de coste de oportunidad.

Cuando las prácticas contables de los contratistas sean inconsistentes con los criterios de asignabilidad del coste establecidos por las normas del contrato de CPI, el exceso de las imputaciones de los costes resultantes que hagan en sus declaraciones de costes incurridos, y que son debidas a dichas inconsistencias en las prácticas contables, deberán ser reputadas de inadmisibles.

En todo caso, el contratista es responsable de registrar y contabilizar los costes de manera adecuada y de mantener correctamente los archivos y regis-

tros de los datos contables, de tal manera que le permita la demostración de que el coste declarado ha sido realmente incurrido y cumple con las normas aprobadas.

El coste de los contratos públicos estará formado por los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación, es decir el consumo o la aplicación al objeto del contrato de la mano de obra directa, materiales y la parte que razonablemente corresponda de los costes indirectamente imputables, en la medida en que tales costes correspondan al período de ejecución del contrato, se basen en el nivel de utilización de la capacidad normal de trabajo de los medios de producción y sean necesarios para realizar la prestación que sea el objeto del contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, un sistema de control basado en el coste estándar u otro sistema de control del tipo EVMS (*Enterprise Volume Management System*) también podría ser utilizado por los contratistas para determinar el coste de las prestaciones siempre que el resultado de aplicarlos no difiera del coste de producción definido en las normas de costes aprobadas en el pliego de cláusulas administrativas particulares. A tal efecto los costes estándares o del tipo EVMS se establecerán a partir de niveles normales de consumo de materiales, suministros, mano de obra, eficiencia y utilización de la capacidad productiva. Si las condiciones varían de forma significativa, el contratista debería revisar sus estimaciones iniciales.

2.12.3. *Composición del coste de los contratos de CPI*

El modelo de costes de un contrato de CPI debe caracterizarse por realizar el cálculo de las prestaciones que son objeto del contrato mediante un sistema de coste completo, por contraposición a los sistemas de costes parciales.

Un sistema de costes parciales, como el denominado «*direct costing*» solo asignan al objetivo de costes los variables de producción. En estos, los gastos generales de fabricación (costes indirectos de producción u «*overhead*») no son asignados a los objetivos de costes, sino que son imputados o absorbidos directamente con los resultados del período.

Sin embargo, en un sistema de coste completo («*full costing*») se imputa a los objetivos de coste los gastos generales de fabricación, permitiendo valorar los productos y servicios por el coste total de producción —o coste industrial—. No obstante lo anterior, en los contratos de CPI, comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 102.7 de la LCSP, deberá aplicarse un modelo de coste completo «extendido» o «radical» en el que los gastos generales y de administración y otros costes de tipo residual son también son imputados al contrato en función de una relación de causalidad o de utilidad entre los costes y los servicios recibidos por el objetivo de costes. En ocasio-

nes, también el coste financiero, en términos de coste de oportunidad, que puede ser cargado al contrato, como un reconocimiento del coste de la financiación de los activos fijos y del circulante afecto en la actividad productiva.

Por tanto, la composición del coste total de los contratos de CPI estará comprendida por el coste completo «extendido» que abarca la suma de los costes admisibles, directos e indirectos, afectables o imputables al contrato.

2.12.4. *Determinación de la admisibilidad*

Los factores que determinan la admisibilidad de un coste de los contratos deben cumplir todas las siguientes condiciones:

- su razonabilidad;
- su afectabilidad o imputabilidad al contrato;
- su adecuación a los criterios de cálculo de costes establecidos en las normas de costes aprobadas para el contrato y en las prácticas de contabilidad de costes que tenga establecidas formalmente el contratista en sus políticas y procedimientos de gestión y que no se opongan a aquellas; y,
- su concordancia con las disposiciones específicas del contrato en cuanto a las limitaciones y prohibiciones de imputación de costes.

2.12.5. *Determinación de la razonabilidad*

La razonabilidad de los costes se establece sobre la base de consideraciones técnicas y económicas. La «razonabilidad técnica» obedece a que los consumos de factores productivos sean consecuencia de la aplicación racional y necesaria, en cantidad y calidad, al proceso productivo y que incrementan, consecuentemente, el valor de uso del bien o servicio en el mercado. La «razonabilidad económica» se determina por comparación de la valoración del coste con alguna media del mercado y con las prácticas habituales de negocio de las empresas en circunstancias similares y su importe no excede de lo que en las mismas circunstancias incurriría una persona que dirige su negocio de manera prudente y en un entorno competitivo.

En todo caso, la carga de la prueba de la razonabilidad del coste deberá recaer en el contratista, debiendo demostrar que:

- el tipo de coste es reconocido y aceptado de manera general —en calidad técnica, cantidad aplicada y cuantía monetaria— como ordi-

nario y necesario para realizar las operaciones del negocio, o de la ejecución del contrato;

- los consumos de factores y sus valoraciones son equivalentes a los practicados por otras empresas de similar tamaño que operan en el mismo sector industrial o de los servicios, se encuentra en la misma zona geográfica y venden sus productos y servicios a clientes no gubernamentales en similares circunstancias;
- las contrataciones de los empleados y sus condiciones salariales han sido realizadas conforme a las normas laborales españolas vigentes;
- las compras de aprovisionamientos se hacen en condiciones competitivas;
- el contratista mantiene sus obligaciones sociales con sus propios empleados, la atención a otros clientes, a los propietarios del negocio, frente a la Administración y con el público en general; y,
- no hay desviaciones significativas comparadas con las prácticas seguidas por otros empresarios.

2.12.6. *Determinación de la afectabilidad o imputabilidad*

Un coste es asignable a un contrato siempre que pueda ser establecida una relación causal entre el factor productivo consumido y el bien o servicio que constituye el objeto del contrato. Es decir, un coste será asignable a un contrato de CPI cuando se den los siguientes requisitos:

- haya sido incurrido específicamente para el contrato;
- aporte valor de uso al bien o servicio contratado o a un conjunto de actividades y trabajos, de tal forma que puede ser distribuido a estos sobre alguna base de reparto que sea proporcional a la prestación recibida; y,
- sea necesario para las operaciones generales del negocio, sin que pueda ser establecida una relación directa con un contrato específico.

En ningún caso formarán parte del coste de producción las mermas derivadas del proceso de fabricación y los costes de «no calidad» por reprocesado debidos a ineficiencias y debilidades en el sistema de control interno. Tampoco podrán ser imputados al contrato los costes de la capacidad ociosa o subactividad.

2.13. Cláusula de «auditoría de contratos»

La LCSP proporciona la cobertura jurídica suficiente para incluir las cláusulas de «auditoría del contrato» que rijan las comprobaciones que sobre el coste de producción están facultados a realizar los órganos de contratación.

Dicha prerrogativa se encuentra presente en su primer artículo de la ley, en el que se establecen los principios generales de la contratación pública, cuando apela a «la eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios»; en el artículo 102.3, que aunque referido a la determinación del presupuesto base de licitación, establece el mandato a los órganos de contratación para que cuiden porque el precio del contrato sea adecuado mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al «precio general de mercado»; y, en los contratos de concesión de servicios, aunque no sean objeto de esta obra, porque el concesionario debe segregar en su contabilidad todos los ingresos y gastos de la concesión que deberá estar a disposición de la entidad contratante (segundo párrafo del artículo 289.2 de la LCSP, que no está afectado por en el recurso de inconstitucionalidad número 739-2018) con la finalidad lógica de su comprobación. Sin olvidar, en cuanto a las formas que existen para fijar el precio de los contratos, que este puede ser determinado por el coste incurrido, como se encuentra expresamente establecido en el artículo 102.7 de la Ley.

Por otro lado, el principio de «libertad de pactos», del artículo 34 d) la Ley, permite incluir en el contrato cualquier estipulación que no sea contraria al ordenamiento jurídico, al interés público y a la buena administración. Precisamente, la inclusión de una cláusula de «auditoría de contratos» potencia a estos dos últimos.

Auditoría de contratos. La «auditoría de contrato» es un proceso de acumular y evaluar evidencia mediante un examen sistemático realizado por un profesional independiente respecto del contratista, que es el sujeto auditado, acerca de los estados costes, registros y transacciones relacionados con la «certificación de los costes» de las ofertas y las declaraciones del coste incurrido; y que son sometidas por el contratista al «examen» o «revisión» del auditor para determinar su grado de cumplimiento con la norma de costes aprobada por el órgano de contratación y con las políticas y procedimientos de control interno establecidos por la de dirección de la empresa contratista para el adecuado funcionamiento de sus sistemas contable y de gestión; y a los requerimientos establecidos en cláusulas contractuales o en disposiciones legales; con la finalidad de comunicar los resultados al órgano de contratación para que apruebe los costes del contrato, o en su caso negocie la oferta económica, determine el precio definitivo y cierto del contrato y efectúe su pago.

Los tipos de aplicación de la «auditoría de contratos» son:

- El «examen», que es el nivel más alto de convicción, es decir, el objetivo de la auditoría es recoger la evidencia suficiente para reducir el riesgo de opinión a su nivel más bajo, apoyando, de esta manera, una opinión positiva acerca de la materia examinada.
- La «revisión», involucra un nivel moderado de certeza, es decir, el trabajo realizado está menos elaborado que el de un «examen». En la «revisión» se reúne evidencia suficiente solo para reducir el riesgo de opinión a un nivel moderado, por lo tanto, no se ofrecerá una opinión positiva, pero sí que se puede dar una certeza negativa basada en el trabajo realizado. Es decir, se manifiesta que no se han encontrado todos los errores y discrepancias que podría haber, pero que al nivel del alcance y la profundidad del trabajo realizado no han sido detectados.

Los contratistas, en virtud de la cláusula de «auditoría de contratos» también quedan sometidos al «examen» o «revisión» de sus sistemas y procedimientos de gestión y de control interno, con el alcance que determine en cada momento el órgano de contratación, para comprobar su eficiencia en las operaciones de producción, que no realiza prácticas descuidadas, malgastadoras y derrochadoras que pudieran perjudicar el contrato y que aplican las acciones correctivas inmediatamente. Asimismo, también quedan sometidos a la evaluación de sus políticas y procedimientos de contabilidad de costes para determinar su adecuación y consistencia con la norma de costes aprobada.

Ajustes de costes cuestionados. Cuando se aplique la «auditoría de contratos», ya sea mediante un «examen» o una «revisión», todos los costes descubiertos que hayan sido expresamente prohibidos de afectación al contrato y los que desborden el precio máximo establecido, serán rechazados al 100 por 100 sin tener en cuenta su materialidad.

El importe de los costes cuestionados que hayan sido descubiertos por el equipo auditor del contrato en una muestra obtenida mediante técnicas estadísticas apropiadas, el porcentaje que estos representan en la muestra, si resultase material y significativo, se inferirá sobre el 100 por 100 de la agrupación o grupo de elementos de costes examinados de los que se extrajo dicha muestra. A estos efectos, el índice de materialidad normalmente se establece en un porcentaje del 2% sobre el valor del grupo o conjunto de los elementos de costes examinados de los que fue extraída la muestra para su examen.

Obligación contractual esencial. La cláusula de «auditoría de contratos» debe tener carácter de «obligación contractual esencial». Los contratistas que presenten ofertas y los adjudicatarios del contrato quedarán obligados a colaborar con el personal acreditado por el órgano de contratación para que estos puedan realizar los trabajos de la «auditoría de contratos», debiendo facilitar y garantizar el libre acceso y sin restricción a las instalaciones, sistemas de

gestión y de control, informáticos o de otra índole, aportando los medios materiales que el auditor les solicite, así como a los registros, documentación e información para comprobar los datos de las valoraciones y cálculos en los que se soporta las declaraciones de costes incurridos y del coste certificado de las ofertas. El incumplimiento deberá ser considerado causa de resolución del contrato establecida en el artículo 211.1.f) de la LCSP.

A los efectos anteriores se deberá entender como «registros» a los libros, documentos, procedimientos, prácticas contables y otros datos, independientemente del tipo que sean y sin importar si están soportados en forma escrita, o en forma de datos informáticos o en cualquier otro formato.

Al realizar el «examen» o «revisión» de los costes, el auditor del contrato designado por el órgano de contratación deberá tener libre acceso, sin restricciones, a todos los archivos para poder realizar las pruebas suficientes que le permitan obtener la evidencia y poder reflejar adecuadamente todos los elementos de juicio sobre la admisibilidad de los costes declarados por el contratista en los que hayan incurrido, directa o indirectamente, en la ejecución del contrato. Este derecho de examen incluirá también la inspección, en cualquier momento razonable, de las plantas de la contratista, o partes de ellas, dedicadas a la ejecución del contrato, o mantener entrevistas con los empleados.

Una auditoría de contratos adecuada sólo es posible cuando toda la evidencia existente, perteneciente a las representaciones de coste, está disponible y es sometida a la evaluación auditor.

El auditor de contratos es el responsable para determinar la profundidad de los trabajos de auditoría que deban realizarse para satisfacer el objetivo y el alcance requerido por el órgano de contratación. Inherente a esta responsabilidad es el derecho de los auditores para determinar qué archivos específicos u otra materia de evidencia les es necesaria para lograr el objetivo de la auditoría.

Condiciones que representan denegación de acceso del contratista. Se consideran limitaciones al alcance de la «auditoría de contratos» y representan un incumplimiento grave del contrato, a los efectos del artículo 221.1. f) de la LCSP, pudiendo ser causa de resolución, las siguientes:

- La negativa del concesionario para proporcionar el acceso a cualquier registro que se haya pedido el auditor de contratos, en particular se incluyen:
 - aquellos registros que contienen datos e información de costes expresamente declarados como inadmisibles, en aplicación de la norma de costes; y,

- los archivos de datos soportados en formato electrónico, aun cuando las copias en papel sí estén disponibles.
- Retrasos irrazonables provocados por los representantes del contratista que impiden el comienzo de la auditoría o el acceso a los datos que se necesitan y al personal de la empresa.
- Las restricciones en la reproducción apropiada del material de apoyo necesario para documentar la evidencia y soportar la opinión de auditoría. Estas restricciones pueden deberse incluso a cómo es la reproducción del material entregado y si es un formato inadecuado que impide su rápido tratamiento de los datos y su análisis.
- Rechazo parcial o completo de acceso a los datos de la auditoría interna u otros informes de gestión sobre las operaciones del contratista.
- Rechazo de acceso a las bases de datos del contratista. Este impedimento puede ser incluso la negativa para producir los informes necesarios o la exportación de los datos a un formato electrónico que posibiliten su tratamiento mediante un software de análisis, ya sea estadístico o de otra clase.
- El fracaso sistemático de personal del contratista para cumplir con diligencia en las fechas en que deben construir y facilitar los datos en el formato solicitado por el auditor de contratos.
- Las amenazas, coacciones o prerrogativas de los representantes legales del contratista. El auditor de contratos no está en posición de aceptar ningún tipo de demanda esgrimida sobre dichas prerrogativas, ni consentir amenazas o coacciones.

Audidores de contrato. El órgano de contratación, mediante un representante debidamente autorizado, el «auditor de contrato» que designe, tiene derecho al acceso y la prerrogativa de poder examinar cualquiera de los registros pertinentes del contratista que implican las transacciones relacionadas con el objeto del contrato y para entrevistar a cualquier empleado actual con respecto a tales transacciones. Esta obligación no podrá ser interpretada para exigir al contratista la obligación de crear o mantener cualquier registro que no mantenga en el curso ordinario de los negocios o en virtud de una disposición legal.

Disponibilidad de los datos. El contratista pondrá a disposición de la auditoría de contratos en sus instalaciones los materiales y otros elementos de prueba para su examen o revisión. No obstante lo anterior, adicionalmente:

- Si este contrato se resuelve por las causas contempladas en el artículo 211 de la LCSP, el contratista pondrá a disposición los registros

relacionados con el trabajo del contrato ejecutado hasta 3 años después de cualquier acuerdo de terminación final resultante.

- El contratista también quedará obligado a incluir en los contratos que celebre con los subcontratistas una cláusula como la expuesta en este pliego referida a la auditoría de contratos para hacerla extensiva a todos los subcontratos que se realicen en virtud del contrato de CPI.

Informes de «auditoría de contratos». Los informes de auditoría tienen por objeto reflejar los resultados de la investigación para que el órgano de contratación pueda tomar las resoluciones pertinentes acerca de la aprobación de los costes del contrato y le ayude a tomar una posición negociadora durante la licitación. En consecuencia, tendrán como principal destinatario al órgano de contratación que la solicitó. Sin embargo, este puede ampliar, a los que considere oportuno, la lista de destinatarios.

Normas técnicas aplicables. En todos los trabajos de auditoría de contratos, para garantizar su calidad e imparcialidad, se aplicarán la Normas Técnicas de Auditoría del Sector Público, aprobadas por Resolución de la Intervención General de la Administración del Estado de 1 de septiembre de 1998, y sus procedimientos se realizarán con arreglo a una metodología de auditoría de contratos que sea reconocida, como pueda ser, por ejemplo, el *DCAA Contract Audit Manual*¹¹.

¹¹ <<https://www.dcaa.mil/home/CAM>>.

CAPÍTULO IV

LA FINANCIACIÓN PÚBLICA DE LA COMPRA PÚBLICA DE TECNOLOGÍA INNOVADORA

Laura Babío de Pablos

Abogada experta en Derecho Administrativo

1. PROGRAMAS DE AYUDA A LA COMPRA PÚBLICA DE TECNOLOGÍA INNOVADORA

En el contexto que venimos exponiendo es esta obra, parece que es una idea ya asumida por parte de las Administraciones Públicas que, desde la óptica de las empresas, para el fomento de la I+D+i es más importante conseguir contratos que obtener subvenciones. Es por ello, que las políticas públicas ya han implantado que una parte del presupuesto de contratación pública se dedique a financiar la adquisición de productos y servicios innovadores. Esta es la filosofía que inspira la Compra Pública Innovadora. Por ello, además de las ayudas directas en forma de subvención es necesario incentivar este nuevo modelo de contratación.

Como señalábamos en el Capítulo I de esta obra, los principales países de la OCDE han situado la Compra Pública Innovadora (CPI) en el eje central de sus políticas de innovación, aplicándose en las últimas décadas, sobre todo, en determinados ámbitos como defensa, energía y transporte. Gran número de países de nuestro entorno europeo ya han fijado como objetivo de sus estrategias innovadoras destinar un porcentaje a la CPI sobre el total de compras públicas de los respectivos gobiernos.

De igual modo, en países como Estados Unidos, para impulsar el fomento de la I+D+i a través de la contratación, ya hace años que se utiliza la compra pública para fomentar la innovación en sectores como energía, transporte, salud y defensa entre otros.

Las administraciones empiezan a poner el foco en los beneficiarios directos de estas políticas públicas:

A) La ciudadanía o sociedad en general, ya que a nivel europeo se estima que incrementando la inversión en I+D hasta el 3% (objetivo Estrategia 2020) del PIB en 2020 se podrían crear 3,7 millones de empleos e incrementar el PIB en 795.000 millones de euros al año hacia 2025. El potencial de la CPTI para promover el desarrollo y con ello el empleo de calidad es, por lo tanto, evidente.

B) Las Administraciones Públicas, como beneficiarios directos de las soluciones tecnológicas. Además de este beneficio directo indirectamente se beneficia en otros muchos aspectos como:

- Apalancamiento de los fondos destinados a movilizar la I+D+i: parte del presupuesto destinado a contratación pública serviría al mismo tiempo para resolver una necesidad de la Administración y para impulsar la inversión en innovación por parte del tejido productivo.
- Desarrollo de conocimiento, capacidades y técnicas que pueden ser utilizadas también en otros proyectos.
- Oportunidad de acceso a fondos locales, nacionales o europeos relacionados con la innovación.
- Contribución a los objetivos de políticas en materia de I+D+i, sociales y medioambientales.
- Ahorro de costes a corto, medio o largo plazo.
- Obtención de beneficios a través de la explotación comercial de patentes o del establecimiento de empresas mixtas.

C) Los desarrolladores de soluciones innovadoras. Los beneficios para el tejido empresarial y para los centros/grupos de investigación que se representan en:

- Fortalecimiento de la competitividad de las empresas.
- Estimulación de la cooperación público-privada: acceso a valiosos clientes del sector público.
- Oportunidad de aplicar investigación y comercializar ideas.
- Oportunidad de acceso a fondos locales, nacionales o europeos relacionados con la innovación.
- Mayores posibilidades de ganar contratos en el futuro.
- Obtención de beneficios a través de la explotación comercial de patentes o del establecimiento de empresas mixtas.

Por este conjunto de circunstancias se pretende fomentar la implantación de un nuevo modelo de contratación, y además de los programas destinados a subvencionar este modelo de contratación y de destinarse fondos públicos a los proyectos y mecanismos de contratación de las Administraciones Públicas, Unión Europea, ha visto la necesidad de destinar fondos a la propia difusión e implantación de los mecanismos de contratación, generando fórmulas para dar a conocer esta nueva forma de contratar, dirigidas tanto a los órganos de contratación como a las empresas interesadas (talleres, *workshop*, manuales, jornadas de difusión).

1.1. ¿Qué proyectos pueden ser financiados?

La CPI es una actuación administrativa orientada a potenciar el desarrollo de soluciones innovadoras desde el lado de la demanda a través del instrumento de la contratación pública adecuado al efecto.

Por tanto, lo que se trata de impulsar es la compra pública innovadora, así como, el compromiso de adquisición preferente de bienes y servicios innovadores previsto en la Ley 2/2011 de Economía Sostenible. Lo cual, además, se alinea con las previsiones incluidas en la Ley 14/2011 de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, en lo que respecta a la innovación como elemento esencial para inducir el cambio en el sistema productivo.

Cuando la actuación se lleva a cabo desde la demanda, es decir la Administración lanza al mercado un procedimiento de compra de innovación, estos agentes podrán ser beneficiarios de determinados ayudas económicas para esta puesta en marcha. Podrán ser beneficiarios de los programas de financiación a la CPI los prestadores de servicios públicos (servicios de salud, entidades locales, servicios de seguridad...) que no estén en el tráfico mercantil o que, por su naturaleza, tanto del/de los prestador/es como del/de los servicios, la ayuda no suponga distorsión de mercado. Los beneficiarios deberán tener la condición de Poder Adjudicador, prestar un servicio público universal o no de mercado y ser titular de la competencia (del servicio público que prestan).

Por lo tanto, se excluyen las actividades recurrentes de los servicios públicos (mantenimiento de grupos de investigación, equipamiento no innovador, etc.).

Además, a estas ayudas para la puesta en marcha, existen las ayudas directas a la contratación de la innovación. Este tipo de ayudas las articula el Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial (CDTI).

En estos casos el CDTI lleva a cabo una selección conjunta de los proyectos que conlleven un alto porcentaje de CPI. Respecto a la parte de CPI se analizará —en función de las necesidades de suministro de bienes y servicios

innovadores de la CC.AA. y de las prioridades sectoriales estratégicas nacional y autonómica— la modalidad más adecuada y la posibilidad de la implicación del CDTI en la financiación de la I+D asociada a los mismos. Posteriormente, para cada proyecto, se firma un convenio que regula el importe del anticipo, los plazos, la comisión de seguimiento, los objetivos/indicadores de resultado etc.

De lo dicho se desprende que los proyectos financiables van a depender en gran medida de las necesidades de las administraciones contratantes y de las Estrategias en Innovación que hayan sido planteadas tanto a nivel nacional, en el Estrategia Estatal de Innovación, como en las Estrategias en Innovación y desarrollo formuladas por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias.

2. EL APOYO FINANCIERO A LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN

2.1. Horizonte 2020 (H2020)

En el ámbito comunitario, la Unión Europea ha diseñado un Programa Marco sobre las actividades de investigación e innovación para el período 2014-2020, denominado «*Estrategia Europea 2020*», que se erige como la norma de referencia para las políticas de innovación de los Estados miembros.

Este programa concebido para impulsar la estrategia «*Horizonte 2020*» y la iniciativa «*Unión por la innovación*» favorece un crecimiento inteligente, sostenible e integrador del conjunto de la sociedad europea a partir de tres pilares básicos relativos a abordar los principales retos sociales, promover el liderazgo industrial en Europa y consolidar la excelencia de su base científica¹.

La iniciativa emblemática de Europa 2020 «Unión por la innovación» reconoce la importancia del mercado de la contratación pública y su elevado potencial para impulsar la innovación. En este sentido, la contratación pública de productos y servicios innovadores es primordial para mejorar la calidad y la eficiencia de los servicios públicos, especialmente en un contexto de restricciones presupuestarias. La iniciativa establece que las administraciones públicas deben utilizar la contratación pública cofinanciada por los fondos estructurales para aumentar la demanda de productos y servicios innovadores. En el mismo sentido, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, establece que la investigación y la innovación son uno de los principales motores del crecimiento futuro, y recomienda a los poderes públicos hacer la mejor utilización

¹ <<http://www.eshorizonte2020.es/>>.

estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación. Asimismo, afirma el papel clave de la adquisición de bienes, obras y servicios innovadores en la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios públicos.

Con un presupuesto total de 77.028 millones de euros y una inversión inicial en I+D correspondiente al 3% del PIB de la Unión Europea, Horizonte 2020 agrupa e impulsa las actividades financiadas por el VII Programa Marco de Investigación y Desarrollo, las acciones de innovación del Programa Marco para la Innovación y la Competitividad y las acciones del Instituto Europeo de Innovación y Tecnología².

Para facilitar la consecución del reto que supone la contratación pública de innovación, Horizonte 2020 financia los proyectos en todas sus fases, desde la investigación al mercado, aplicando un porcentaje único de financiación mediante reembolso de los costes subvencionables, integrados por los costes directos y un tipo fijo del 25% para los costes indirectos. Esta financiación podrá llegar al 100% del total de los costes subvencionables en las actividades de investigación e innovación y hasta un 70% en caso de que las entidades participantes en el proyecto financiado persigan ánimo de lucro³.

2.2. Estrategia Estatal de Innovación

La Estrategia Española de Ciencia, Tecnología y de Innovación 2013-2020 (EECTI) constituye el marco estratégico para las políticas de I+D+i estatales y autonómicas y es el marco de referencia del Programa Operativo FEDER de Crecimiento Inteligente 2014-2020 (POCInt), documento en el que se concreta la estrategia y los objetivos de intervención de la Administración General del Estado (AGE) cofinanciadas con el fondo FEDER. A nivel nacional, en España se pretende alcanzar un nivel de gasto en I+D medido como porcentaje del PIB, en el 2% del PIB español en 2020 (incluyendo gasto público y privado).

La EECTI recoge cuatro grandes objetivos generales, alineados con los objetivos de la Estrategia UE2020 y de Horizonte 2020 y contempla el desarrollo de las medidas necesarias para corregir las debilidades del Sistema.

A nivel estatal, la EECTI se desarrolla mediante el Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020 y sus Planes Anuales de Actuación, está integrado por cuatro programas estatales que corresponden a los objetivos generales establecidos en la Estrategia Española de

² División de Programas de la Unión Europea del CDTI, *Ministerio de Economía y Competitividad y Oficina Europea*, «Guía del participante Horizonte 2020», Madrid, 2014.

³ División de Programas de la Unión Europea del CDTI, *Ministerio de Economía y Competitividad y Oficina Europea*, «Guía rápida Horizonte 2020», Madrid, 2014.

Ciencia y Tecnología y de Innovación 2013-2020: promoción del talento y su empleabilidad, generación de conocimiento y fortalecimiento del sistema, liderazgo empresarial en I+D+i e I+D+i orientada a los retos de la sociedad.

Con esta estrategia, España acelera la transformación del modelo productivo con un conjunto de iniciativas legislativas, reglamentarias y administrativas orientadas a garantizar un crecimiento sosteniblemente económico, medioambiental y social.

A fin de coordinar las actuaciones recogidas en el Plan Operativo FEDER de Crecimiento Inteligente (POCInt) y en los Programas Operativos Regionales dentro del Objetivo Temático 1 (OT1), hay que señalar que el objetivo general del POCInt dentro del OT1 es fortalecer las capacidades en I+D+i que permitan el desarrollo de vínculos y la creación de sinergias entre el sector público y el sector empresarial, así como estimular la inversión empresarial en I+D+i, a través de instrumentos tanto de oferta como de demanda, contribuyendo a mejorar la competitividad empresarial apoyada en la innovación y la creación de empleo de alto valor añadido. En el caso de actuaciones de Compra Pública Innovadora, las actuaciones de la Administración General del Estado van dirigidas a fomentar y coordinar proyectos en los que participen entidades de las distintas Comunidades Autónomas.

Para alcanzar tales fines, la E2i se sirve de la contratación pública de innovación como medida de gran potencial movilizador en aquellos sectores en los que incidirán de forma especialmente significativa las políticas activas de innovación, entre los que se encuentran, la salud y el bienestar, las energías limpias y el ahorro energético, la ciencia y la modernización de la Administración Pública.

En este sentido, se pretenden vincular las consignaciones presupuestarias de I+D+i a la CPI para combinar la política de oferta y demanda, de manera que favorezca la alineación de la capacidad de compra de la Administración Pública con los objetivos de la E2i desde el prisma de la contratación pública.

Junto a la vinculación de los presupuestos destinados a I+D+i y contratación administrativa, la E2i aconseja la adopción de medidas que favorezcan la colaboración público-privada mediante mecanismos de coordinación que ayuden a potenciar la actividad empresarial en materia de innovación, incrementar la inversión privada y generar empleo.

En síntesis, para impulsar la innovación española la contratación pública debe aplicarse especialmente en aquellos sectores económicos en los que la Administración Pública ostenta una posición dominante. Por ello, la CPI surge como el instrumento idóneo que permite la participación conjunta del sector público y privado para cumplir con los objetivos europeos y nacionales tendentes a posicionar a Europa en la cumbre de la innovación internacional.

No obstante, a la vista de los datos de gasto es imprescindible seguir ahondando en mecanismos de difusión y conocimiento, incentivando las iniciativas públicas.

Dentro del *Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020*, las modalidades de financiación de las ayudas incluidas en los Planes Estatales incluyen: subvenciones; préstamos no reembolsables; préstamos parcialmente reembolsables, y anticipos reembolsables.

En la financiación y gestión del *Plan Estatal* intervienen la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial (CDTI). Ambos agentes acometen su actividad de financiación de forma coordinada, en los ámbitos que les son propios, y de acuerdo con los principios de autonomía, objetividad, transparencia, rendición de cuentas y eficiencia en la gestión.

Así dentro de su *Objetivo 3: Activar la inversión privada en I+D+i y la capacitación tecnológica del tejido productivo* se encuentra el despliegue de instrumentos de Compra Pública Innovadora asociados a desarrollos y demandas tanto de la Administración General del Estado como de las Comunidades Autónomas y Administraciones Locales.

Y como *Objetivo 4: Impulsar el potencial e impacto de la investigación y la innovación en beneficio de los retos de la sociedad*, el despliegue de nuevas iniciativas e instrumentos de Compra Pública Innovadora en segmentos y áreas ligadas a las estrategias y políticas sectoriales del país y a nivel europeo con un elevado potencial de demanda y crecimiento.

2.3. Estrategia 2020 para el Impulso y Consolidación de la CPI en la Administración Pública de la Junta de Andalucía

Dedicamos un inciso especial a la planificación financiera de apoyo a la CPI en la Comunidad Autónoma andaluza por ser esta Administración una de las Comunidades Pioneras en la dotación de fondos propios al efecto.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía el marco estratégico de I+D+i lo conforman el «Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación, PAIDI 2020», la «Estrategia de Innovación de Andalucía 2020. RIS3 Andalucía» y la «Agenda por el Empleo. Plan Económico de Andalucía 2014-2020. Estrategia para la Competitividad», así como las acciones contempladas en la Estrategia Industrial de Andalucía 2020.

En este marco, con fecha 12 de febrero de 2018, se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía el Acuerdo, de 6 de febrero de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprobaba la formulación de la Estrategia 2020 para el Impulso y Consolidación de la CPI en la Administración Pública

de la Junta de Andalucía. Siendo aprobada la misma en Consejo de Gobierno de fecha 4 de septiembre de 2018. Aprobada por el Consejo de Gobierno la Estrategia para el Impulso y Consolidación de la Compra Pública de Innovación se ha dotado de 50 millones de euros, hasta finales de 2020, procedentes del fondo europeo FEDER.

En el plano económico los objetivos generales de la estrategia son:

1. Impulsar la excelencia en la prestación de servicios públicos en la Junta de Andalucía a través de la incorporación de soluciones innovadoras y sostenibles.
2. Potenciar la innovación empresarial en Andalucía.
3. Fortalecer el posicionamiento de las soluciones innovadoras de Andalucía utilizando el mercado público andaluz como cliente de lanzamiento internacional, y
4. Avanzar en la mejora del gasto público andaluz.

El documento establece las bases para desarrollar esta nueva fórmula de licitación, la cual como sabemos fomenta satisfacer en el sector público demandas de servicios y productos avanzados aún no disponibles en el mercado, impulsando a su vez respuestas innovadoras de la iniciativa privada.

Se busca dinamizar la I+D en sectores económicos claves, tanto consolidados como emergentes; impulsar mercados innovadores; apoyar el desarrollo empresarial, y facilitar al tejido productivo el potencial de universidades y centros de investigación.

La estrategia aprobada por el Gobierno andaluz se marca, entre otros objetivos, aumentar en un 2,6% anual la inversión media anual en I+D de las administraciones públicas y en un 0,15% la del sector privado y la enseñanza superior, además de elevar del 10% al 17% la proporción de empresas que realizan innovaciones tecnológicas.

Para ello marca como objetivos los siguientes retos a los que se enfrenta la CPI en Andalucía:

1. Modernizar la Administración Pública de la Junta de Andalucía y convertirla en un organismo innovador al servicio de la ciudadanía.
2. Favorecer el incremento de la inversión en I+D en Andalucía.
3. Hacer que las empresas andaluzas sean más competitivas e innovadoras.
4. Seguir identificando necesidades de innovación en la Administración de la JA con un sistema abierto y continuo.

5. Involucrar a todas las entidades y personas responsables de todas las áreas relevantes desde el inicio y establecer una coordinación entre ellos.
6. Saber explicar los beneficios de la CPI a la ciudadanía.

Para el cumplimiento de estos retos el Plan Estratégico Andalúz plantean las siguientes estrategias:

— *Coordinación administrativa.*

Establecer mecanismos efectivos de coordinación entre los agentes públicos involucrados, para la gestión y participación ágil y excelente en proyectos de CPI

— *Sensibilización y difusión.*

Concienciar e informar a la Administración, empresas, centros y grupos de investigación y a la ciudadanía de las ventajas y beneficios de la CPI y fomentar la participación en este tipo de proyectos

— *Elaboración de instrumentos y mecanismos de apoyo.*

Diseño y puesta en marcha de herramientas para la gestión eficiente y ágil de la CPI en Andalucía.

— *Formación y gestión del conocimiento.*

Implementar un plan de formación y de gestión del conocimiento integral y de especialización para los gestores y participantes en el proceso de CPI

— *Financiación.*

Dinamizar proyectos de CPI en la AA.PP. de la JA a través de su financiación vía fondos del Programa Operativo FEDER-Andalucía 2014-2020 o a través de fuentes alternativas de financiación

— *Asesoramiento y apoyo.*

Asesorar y acompañar durante todas las etapas del desarrollo de los proyectos CPI haciendo un seguimiento y control de los mismos

Para el cumplimiento de estos retos la *Estrategia Andaluza* contempla la financiación de un elevado número de programas, a través de fondos propios de la Junta de Andalucía y fondos FEDER Andalucía.

El programa donde se localiza la mayor parte de los fondos es en el programa de financiación de proyectos CPI con fondos FEDER Andalucía, diseñado para dotar de financiación a proyectos CPI de las Consejerías de la Junta de Andalucía, el propio Plan en su aprobación ya contempla la financiación de 5 proyectos evaluados a estos efectos.

Asimismo se recoge como estrategia el ofrecer vías de financiación alternativas a proyectos de CPI, cuando no es posible financiarlos con fondos FEDER Andalucía, tratando de buscar financiación para aquellos proyectos de CPI que por algún motivo no pueden ser financiados a través de la financiación disponible en el Programa Operativo FEDER Andalucía, ofreciéndose otras vías de financiación alternativas que existan (Programa H2020, MCIU, etc.). Para ello, en la «*Estrategia 2020 para el Impulso y Consolidación de la CPI en la Administración Pública de la Junta de Andalucía*» se asume el compromiso de elaborar un plan alternativo de financiación CPI.

3. INSTRUMENTOS DE FINANCIACIÓN PARA EL MODELO DE CONTRATACIÓN CPI

Además de lo expuestos hasta ahora, para el desarrollo eficaz de la compra pública de innovación es necesario reforzar el papel de las Administraciones Públicas como impulsoras de la innovación empresarial. Ello se consigue trabajando desde el lado de la demanda del gestor público que saca a licitación compras innovadoras y desde el lado de la oferta, es decir, de las empresas que compiten en las licitaciones ayudándolas a participar y presentar ofertas innovadoras en dichos procedimientos de contratación.

En línea con lo anterior y como ayuda a la demanda, el MEIC activó el denominado programa INNOCOMPRA, cuyo fin era apoyar a los compradores públicos de España para el desarrollo de proyectos innovadores, cofinanciándolos a cargo del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). A través de los denominados Convenios FID se financiaban programas destinados a apoyar a los órganos públicos de las Comunidades Autónomas (tanto las propias consejerías como órganos dependientes con «poder adjudicador» a efectos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público) para el desarrollo de proyectos innovadores, susceptibles de recibir ayudas de Estado en tal condición y que en una parte relevante del mismo puedan generar contratos de Compra Pública Innovadora, cofinanciándolos a cargo del Programa operativo de I+D+i por y para el beneficio de las empresas. Se articulaba mediante la firma de un Acuerdo Marco entre el Ministerio y la Comunidad Autónoma que permitía la selección conjunta de los proyectos a apoyar que conllevaran un alto porcentaje de CPI. No obstante, dicho programa ha dejado de estar financiado, en beneficio del programa que incentiva la innovación desde el otro lado de la contratación pública, el licitador.

Como apoyo a la oferta, el CDTI puso en marcha el programa INNODEMANDA, como instrumento de financiación de apoyo a la oferta tecnológica que concurra a procesos de compra pública de innovación.

3.1. **Convenios Compra Pública Innovadora (FID). Fomento de la Innovación desde la Demanda y de la Compra Pública Innovadora (CPI)**

Como hemos indicado en la Administración General del Estado, gestiona fondos FEDER asignados al Programa Operativo FEDER de Crecimiento Inteligente 2014-2020 (POCint), en el Eje Prioritario 01 (Potenciar la investigación, el desarrollo tecnológico y la innovación), en la Prioridad de Inversión de Fomento de la inversión empresarial en I+i, el desarrollo de vínculos y sinergias entre las empresas, los centros de investigación y desarrollo y el sector de la enseñanza superior, en particular mediante el fomento de la inversión en el desarrollo y en el Objetivo Específico de Impulso y promoción de actividades de I+i lideradas por las empresas, apoyo a la creación y consolidación de empresas innovadoras y apoyo a la compra pública innovadora.

El objetivo es la selección, para su cofinanciación, de operaciones para el desarrollo de productos o servicios innovadores adquiridos por parte de compradores públicos a través del mecanismo de Compra Pública Innovadora. Las operaciones podrán cubrir: desarrollo, validación y puesta en servicio de soluciones innovadoras; costes de preparación, gestión, evaluación, etc. de las licitaciones; asistencia técnica del organismo con senda financiera, directamente o a través de terceros. La cuantía a destinar a la contratación de soluciones innovadoras deberá ser de al menos el 70% del presupuesto financiable FEDER, salvo para aquellas operaciones que, quedando aprobadas en el período 2007-2013, no hayan podido ser objeto de financiación y cumplan todos los criterios de selección.

El objetivo de este programa es promover la colaboración entre entidades públicas para el desarrollo y la adquisición de soluciones innovadoras realizadas por las empresas que contribuyan a:

- Mejorar los servicios públicos, en términos de eficacia o eficiencia.
- Mejorar la innovación y la competitividad empresarial, atrayendo fondos para la I+D+i empresarial mediante contratación, y
- Reforzar la comercialización de la innovación empleando al cliente público como cliente lanzador o de referencia.

Los beneficiarios serán los prestadores de servicios públicos que no estén en el tráfico mercantil o que, por su naturaleza, tanto del/de los prestador/es como del/de los servicios, la ayuda no suponga distorsión de mercado. Los beneficiarios deberán tener la condición de Poder Adjudicador, a los efectos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, prestar un servicio público universal o no de mercado y ser titular de la competencia (del servicio público que prestan).

Los compradores públicos que lo deseen, cumplan con los requisitos establecidos y dispongan de la cofinanciación que se exige según las regiones, podrán dirigir una solicitud.

Las operaciones serán seleccionadas por una Comisión de Selección de Operaciones. Para proceder a la selección de operaciones se comprobará que cumplen con los siguientes criterios (Criterios básicos que deben satisfacer todas las operaciones para ser seleccionadas):

- Concordancia con los objetivos de la Estrategia Española de Ciencia, Tecnología y de Innovación y adecuación a los objetivos de la/s estrategia/s de la/s institución/es solicitante/s.
- Contribución al desarrollo socioeconómico, a la competitividad del tejido empresarial del entorno, a la mejora de los servicios públicos, y a la integración del sistema ciencia-tecnología-empresa.
- Priorización de la capacitación empresarial mediante el oportuno liderazgo de los desarrollos tecnológicos y las innovaciones a través de los distintos mecanismos de CPI.
- Análisis coste beneficio [valor VAN mayor o igual que cero en período de cómputo máximo de 4 años (+4 años)].
- Contenido en I+D+i (evaluación independiente favorable).

Las operaciones se priorizarán para su cofinanciación, en función de:

- Viabilidad económica, sostenibilidad en el tiempo, impacto socioeconómico y medioambiental y, en su caso, aumento de la I+D.
- Priorización de desarrollos e innovaciones tecnológicas con mayor potencial de comercialización e internacionalización.
- Capacidad para transformar resultados de la investigación en productos y servicios de alto valor añadido.
- Grado de identificación de un potencial cliente.
- Fomento del apalancamiento de ayudas de I+D+i de las empresas que acometan innovaciones tecnológicas vinculadas a los proyectos objeto de la ayuda.
- Participación de agentes del sistema público de I+D+i, empresas, Administraciones y agentes del entorno.
- En caso de insuficiencia de fondos, se podrá constituir una lista de reserva, ordenada según la priorización anterior.

El apoyo a esta actuación será compatible con otras ayudas o subvenciones, cualquiera que sea su naturaleza y la entidad que las conceda, siempre que

conjuntamente no superen el coste total de la actuación subvencionada, ni la cofinanciación FEDER supere el coste financiable y se respeten la intensidad máxima aplicable y las normativas nacional y comunitaria en esta materia, especialmente la incompatibilidad entre diferentes fondos y programas operativos del mismo fondo. Se deberá comunicar, en su caso, a la DGIC y a la Comunidad Autónoma de (C.A. de actuación) tanto el importe de las mencionadas ayudas como el origen de las mismas.

3.2. Programa INNODEMANDA

El programa INNODEMANDA es un instrumento de financiación de apoyo a la oferta tecnológica que concurre a procesos de compra pública de innovación. Este programa prevé financiar a las empresas que lo soliciten, 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.

Este instrumento es financiado y gestionado por el Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial (CDTI) que proporcionará, tanto a entidades públicas contratantes como a posibles suministradores, la orientación y apoyo necesarios para la identificación de potenciales compras públicas de innovación, así como para la aplicación de INNODEMANDA.

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.

En este caso, la entidad contratante y el CDTI deberán 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 el anuncio 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 co-

municará 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.

Además de los programas de Innodemanda y los Convenio FID también se pueden encontrar fondos de financiación en los provenientes por concurso de la UE, el Banco Mundial y otros para PYMES.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS BÁSICAS

- ALBA PACHECO, M. (2018), «El procedimiento de Asociación para la innovación», *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 1 extraordinario, dedicado a «Innovación: una obligación de la Administración del S. XXI»).
- FERNANDO PABLO, Marcos M. (2017), «La asociación para la innovación y compra pública innovadora en la Ley de Contratos del Sector Público: una oportunidad para el despegue del grafeno», en AA.VV., *Grafeno e innovación tecnológica: aspectos jurídicos* (coord. Daniel TERRÓN SANTOS y Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA).
- GIMENO FELIÚ, J. M. (2013), «Las nuevas directivas —cuarta generación— en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 159/2013.
- GÓMEZ GUZMÁN, Juan C. (2017), en la obra colectiva *La nueva contratación pública en el ámbito local* (dir. Concepción Campos Acuña), «Capítulo 19: Asociación para la innovación», Wolters Kluwer, El Consultor de los ayuntamientos.
- GÓMEZ GUZMÁN, Juan C. (2018), *La determinación del precio de los contratos públicos con base en el coste*, Wolters Kluwer, El Consultor de los Ayuntamientos.
- HUERTA BARAJAS, Justo A. (2008), «La evaluación previa de la colaboración del sector público y el sector privado. El diálogo competitivo en la nueva Ley de contratos del Sector Público», *ASOCEX-Revista de la Asociación de Órganos de Control Externo Autonómico (Revista Auditoría Pública)*, núm. 44, pp. 47-54.
- LAVANYA, N. & MALARVIZHI, T. (2008), *Risk analysis and management: a vital key to effective project management. Paper presented at PMI® Global Congress 2008, Asia Pacific*, Sydney, New South Wales, Australia. Newtown Square, PA: Project Management Institute.
- LÓPEZ MIÑO, A. M. (2013), «La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública», *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi.
- MATILLA VÁZQUEZ, F. J. (2016), «Las consultas preliminares al mercado. Clave para la eficiencia en la contratación pública», *Contratos del sector público*, <www.contratosdelsectorpúblico.es>.

- MESA VILA, M. (2015), «Algunas cuestiones sobre el ejercicio del derecho de acceso a la información pública en materia de contratos del sector público. Contratista versus Administración», *Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 139.
- MURILLO JASO, L. (2013), «Compra pública innovadora: fomentando la innovación por el sector público», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 868/2013.
- PEIRÓ BAQUEDANO, A. I. (2016), «Las consultas preliminares al mercado y su funcionamiento práctico. Experiencias sobre cómo llevar a cabo un Meet the Market Event», *Observatorio de contratación pública*, <www.obcp.es>.
- PEÑATE VALENTÍN, C. y SÁNCHEZ CARREIRA, M. C. (2018), «La compra pública innovadora. Análisis regional de la experiencia española», en *Journal of Regional Research*, núm. 40.
- TARDÍO PATO, J. A. (2016), «La asociación para la innovación: contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 181.
- VARCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2018), «La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación», *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 153.

ISBN 978-84-7351-671-6



P.V.P.
16,00 €
(IVA incluido)

