

ES

ES

ES



COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Bruselas, 14.12.2007
SEC(2007) 1668

DOCUMENTO DE TRABAJO DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN

que acompaña a la

**COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL
CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE
LAS REGIONES**

**La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa
servicios públicos de alta calidad y sostenibles**

**Ejemplo de un posible enfoque para la contratación de servicios de I+D aplicando el
reparto de riesgos y beneficios en condiciones de mercado, es decir, la contratación
precomercial**

{COM(2007) 799 final}

[Es este un documento indicativo de los servicios de la Comisión que no vincula en modo alguno a esta institución. Conviene señalar también que está sujeto a la evolución de las prácticas de la Comisión y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia]

DOCUMENTO DE TRABAJO DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN

Ejemplo de un posible enfoque para la contratación de servicios de I+D aplicando el reparto de riesgos y beneficios en condiciones de mercado, es decir, la contratación precomercial

(Texto pertinente a efectos del EEE)

La Comunicación de la Comisión sobre contratación precomercial¹ introduce el concepto de contratación precomercial como enfoque de la contratación de servicios de I+D distinto de aquellos en los que «los beneficios pertenecen exclusivamente a la entidad adjudicadora para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que la entidad adjudicadora remunere totalmente la prestación del servicio^{2,3}» y que no constituye ayuda estatal. El presente documento de trabajo de los servicios de la Comisión describe más detalladamente el planteamiento introducido en la sección 5 de la Comunicación sobre contratación precomercial¹.

La contratación precomercial consiste en una contratación de servicios de I+D que conlleva un reparto de los riesgos y los beneficios en condiciones de mercado y en el que varias empresas desarrollan en competencia nuevas soluciones para necesidades a medio y largo plazo del sector público. Se trata de necesidades que son tan exigentes tecnológicamente y van tan por delante de lo que puede ofrecer el mercado que no existen todavía soluciones comercialmente estables o, si existen, presentan inconvenientes que exigen más I+D. Al repartir los beneficios y los riesgos de la I+D entre los compradores públicos y las empresas para fomentar una amplia comercialización y adopción de los resultados de la I+D, se crean unas condiciones más favorables en cuanto al plazo necesario para llevar el producto al mercado que permiten al sector público introducir innovaciones más aprisa y a la industria ser la primera en explotar nuevos mercados líderes. Separar claramente la fase de I+D precomercial del despliegue de los productos finales comerciales resultantes de la I+D permite a los compradores públicos filtrar los riesgos de la I+D tecnológica antes de comprometerse a adquirir una solución innovadora completa para despliegues comerciales a gran escala.

El enfoque presentado es coherente con el actual marco jurídico para la contratación pública de servicios de I+D, plasmado en las Directivas sobre contratación pública, el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC, los principios fundamentales del Tratado y la legislación sobre competencia, incluida la referida a ayudas estatales. Al ofrecer más detalles sobre el enfoque presentado en la sección 5 de la Comunicación, el presente documento no prejuzga que pueda haber otros enfoques que se ajusten igualmente al marco jurídico. En las secciones siguientes se describen cronológicamente los pasos necesarios para preparar la contratación

¹ COM(2007)799 final - «La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles».

² En este caso, las Directivas sobre contratación pública no son aplicables (véase el artículo 16 *septies* de 2004/18/CE y el artículo 24 *sexies* de 2004/17/CE). Estas exenciones sólo se aplican a los contratos públicos de servicios de I+D, y no para los suministros de I+D o la realización de trabajos.

³ Los contratos con elementos añadidos a los servicios se consideran también de servicio público si el valor de los servicios excede el de los productos cubiertos por el contrato.

precomercial (secciones 1, 2, 3 y 4), poner en marcha y efectuar la contratación precomercial propiamente dicha (sección 5), y llevar a cabo el posterior seguimiento (sección 6).

1. ENCONTRAR PROYECTOS CANDIDATOS A PARTIR DE LAS NECESIDADES DEL SECTOR PÚBLICO

Cuando existe una necesidad concreta en el sector público, pero no está claro cuál es la mejor manera de atenderla, los compradores públicos pueden organizar un diálogo abierto inicial⁴ con el lado de la oferta a fin de comprender mejor las opciones disponibles. Tal diálogo aclararía las lagunas del mercado con respecto a las necesidades reales.

Al facilitar una comprensión más cabal del desarrollo de productos industriales en curso en términos de madurez tecnológica, tal diálogo podría ayudar a los compradores públicos a distinguir las necesidades que exigen nueva I+D de otras que requieren básicamente un desarrollo comercial.

En el caso de las necesidades que exigen investigación y desarrollo para crear soluciones no disponibles en el mercado, el comprador público puede optar por el inicio de una contratación precomercial.

2. DECISIÓN SOBRE LA ESTRUCTURA DEL CONTRATO DE CONTRATACIÓN PRECOMERCIAL

La contratación precomercial es una contratación de servicios de I+D⁵.

La I+D puede incluir actividades hasta el desarrollo original de un volumen limitado de primeros productos o servicios a modo de serie de prueba. «La fabricación original⁶ de un primer producto o servicio puede incluir su producción o suministro en cantidad limitada con objeto de tener en cuenta los resultados de las pruebas en la práctica y de demostrar que el producto o servicio se presta a la producción en gran escala o suministro satisfaciendo normas aceptables de calidad». La I+D no incluye actividades de desarrollo comercial como la producción a gran escala, el suministro para determinar la viabilidad comercial o recuperar los gastos de I+D, la integración o la adaptación y los ajustes y las mejoras añadidos a productos o procesos existentes.

En la práctica, el enfoque que se describe consiste en un contrato marco único de servicios de I+D gestionado por fases, cada una de las cuales representa un contrato específico, que corresponden a las diferentes etapas del desarrollo. Segmentar el proceso en fases reduce el riesgo de trabajar con tecnologías aún no comprobadas.

⁴ Un diálogo abierto permite expresar las opiniones del mercado antes de iniciar el proceso de licitación. Esto debería hacerse con la condición de que pedir o aceptar opiniones jamás puede obstaculizar o falsear la competencia.

⁵ A la que se refieren el anexo II de la Directiva 2004/18/CE y el anexo XVII de la Directiva 2004/17/CE.

⁶ Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC, artículo XV.

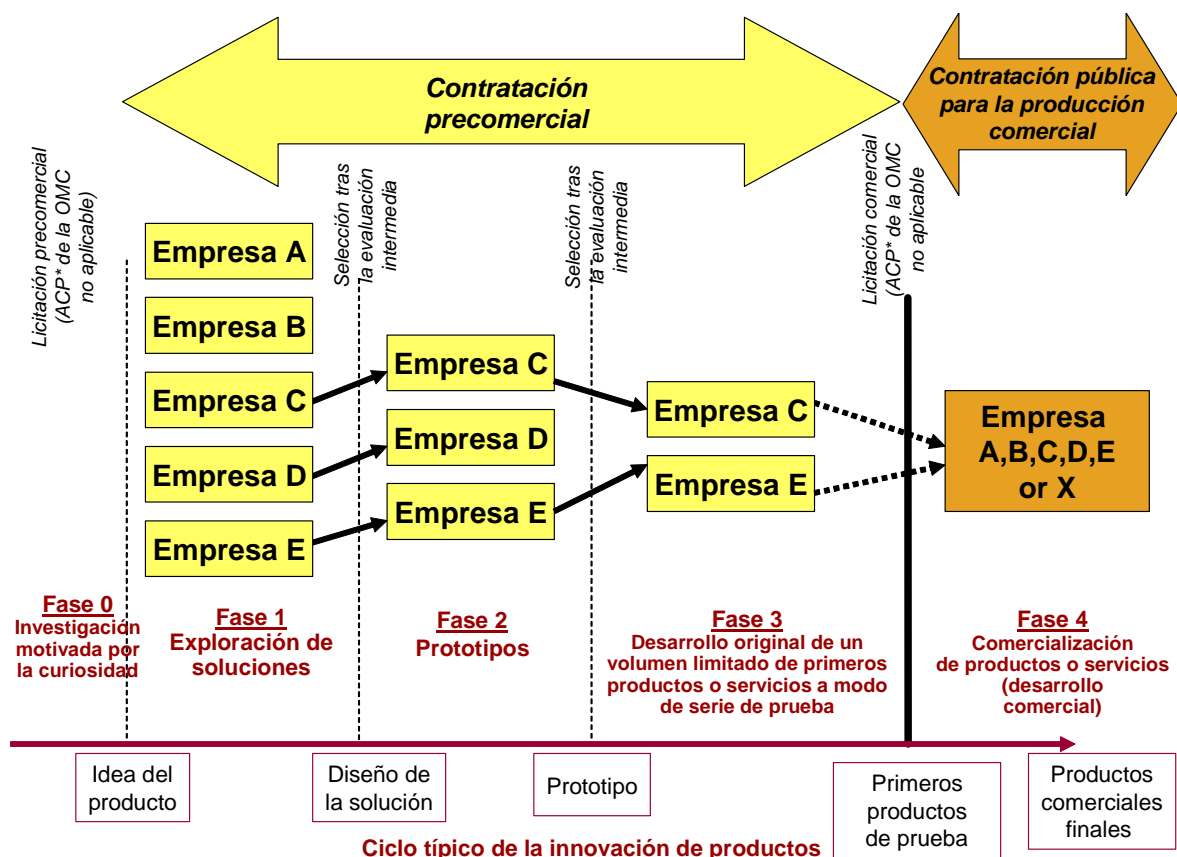


Figura A: Ilustración de un proceso de contratación precomercial en fases

Estas fases cubrirían habitualmente la exploración de soluciones, la creación de prototipos y el desarrollo original de un volumen precomercial de primeros productos a modo de serie de prueba. En este caso, las fases de la contratación se pueden describir de la siguiente manera:

- 1) La fase 1 (fase de exploración de soluciones) se propone comprobar la viabilidad técnica, económica y organizativa de la propuesta de cada empresa teniendo presentes los pros y los contras de las soluciones alternativas potenciales. El resultado de esta fase suele incluir una evaluación de la tecnología, un primer diseño de la solución, un plan organizativo para la fase 2 y una evaluación coste/beneficio de la solución propuesta.
- 2) La fase 2 (creación del prototipo) se propone comprobar la medida en que las características principales del prototipo satisfacen los requisitos funcionales y de rendimiento que exige el comprador público a la solución deseada. El resultado principal de esta fase incluye normalmente la especificación y demostración de un prototipo, así como un plan para desarrollar y someter a prueba un primer producto limitado y una actualización de la evaluación de coste/beneficio.
- 3) La fase 3 (desarrollo original de un primer lote de productos validados mediante pruebas experimentales) se propone comprobar y comparar el rendimiento (interoperabilidad, escalabilidad, etc.) de diferentes soluciones en las condiciones operativas reales del servicio público a que se aspira. El principal resultado de esta fase suele incluir una especificación del producto de prueba, un ensayo experimental y una actualización de la evaluación de coste/beneficio.

El número de fases puede adaptarse en función de la complejidad del proyecto. Por ejemplo, cabría dividir en subfases cada una de las tres fases mencionadas.

Una característica esencial del enfoque presentado es la de solicitar a diversas empresas la presentación en régimen de competencia de propuestas de solución alternativas para resolver un problema particular de interés público. Las evaluaciones intermedias posteriores a las etapas de diseño de la solución y desarrollo del prototipo permiten ir seleccionando progresivamente las empresas que ofrecen las mejores soluciones. En la fase final de I+D del proyecto de contratación precomercial participan aún como mínimo dos empresas, para garantizar que el futuro mercado sea competitivo y existan posibilidades de abastecerse de distintos proveedores.

El número de empresas que deben iniciar la primera fase para contar con al menos dos en la fase final de I+D puede calcularse a partir del índice de éxito de la I+D en el campo de aplicación particular de que se trate. A fin de comprobar si una contratación precomercial con el número de proveedores elegido compensará la inversión realizada, es aconsejable que el comprador público elabore también su propio estudio justificativo, respondiendo a la pregunta: «¿Qué porcentaje del valor económico que se estima puede aportar la innovación a la autoridad pública –en términos de ahorro de costes y/o mejora de la calidad del servicio público– puede permitirse gastar el comprador público en el desarrollo de las soluciones necesarias para llevar a cabo esta innovación, dado el riesgo de I+D de este proyecto particular y el tiempo consumido por la trayectoria de I+D?».

La contratación precomercial es un contrato público, distinto de un contrato de obras o suministros, cuyo objeto es la prestación de servicios. El enfoque presentado sitúa todas las fases en una licitación y asume que el valor total de los servicios a lo largo de todas esas fases supera el valor de los productos objeto del contrato. En caso contrario, serán de aplicación las disposiciones relativas a contratos de suministro de I+D⁷.

Cuando el estado de la técnica haya rebasado ya el primer diseño de la solución, el proceso de contratación precomercial puede iniciarse con la creación del prototipo, o incluso con el desarrollo del primer producto hasta la serie de prueba⁸.

3. DECIDIR DESDE EL PRIMER MOMENTO SI EL PROYECTO CONTENDRÁ O NO UN ELEMENTO DE AYUDA ESTATAL

El artículo 87 del Tratado prevé que las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros⁹.

⁷ El artículo 31, apartado 2, letra a) de la Directiva 2004/18/CE y el artículo 40, apartado 3, letra b) de la Directiva 2004/17/CE para contratos de suministro de I+D cubren los «productos fabricados exclusivamente para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo».

⁸ En la contratación comercial, los poderes adjudicadores pueden, por consiguiente, convertirse en propietarios de los productos objeto del contrato (p. ej., prototipos y primeros productos de prueba desarrollados durante el proyecto) si el valor de los productos adquiridos no supera el valor de los servicios de I+D objeto del contrato.

⁹ Artículo 87, apartado 1, del Tratado CE.

En caso de aplicarse el enfoque de la contratación precomercial, es esencial comprobar si las empresas que participan en la contratación adquieren o no una ventaja. Esto dependerá de las condiciones del contrato entre el comprador público y las empresas.

Como norma, la relación entre el comprador público y la empresa en el marco de la contratación precomercial no debería incluir ningún elemento de ayuda, debiéndose concebir el contrato de manera adecuada para excluirlo. Cuando las autoridades públicas compran I+D a las empresas a precios de mercado, no existe ventaja alguna y, en consecuencia, tampoco elemento alguno de ayuda estatal.

Si una medida fuera a calificarse de ayuda estatal con arreglo a los anteriores criterios, se plantea la cuestión de si podría considerarse compatible con el mercado común al amparo del apartado 2 o del apartado 3 del artículo 87 del tratado CE, o de la normativa específica establecida por la Comisión en aplicación de estas disposiciones. Por este motivo, antes de elegir la medida adecuada para actuar, la autoridad pública debe aclarar si la medida contiene un elemento de ayuda estatal. En caso afirmativo, la autoridad pública debe ajustarse a las normas del marco para las ayudas estatales a la I+D+I¹⁰, seleccionar la medida de ayuda adecuada y notificarla según proceda a la Comisión antes de conceder la ayuda¹¹ (a menos que esté cubierta por un reglamento de exención en bloque¹²).

En la sección siguiente se ilustra cómo puede garantizarse en principio la compra a precios de mercado en el caso del enfoque de la contratación precomercial presentado cuando se produce un reparto de riesgos y beneficios.

4. DEFINICIÓN DE LOS MECANISMOS DE REPARTO DE RIESGOS Y BENEFICIOS DEL CONTRATO EN FUNCIÓN DE LAS CONDICIONES DEL MERCADO

En la contratación precomercial, la autoridad contratante no asume todos los resultados y beneficios de los servicios de I+D prestados en virtud del contrato exclusivamente para utilizarlos ella misma en el ejercicio de su propia actividad, sino que los comparte con otros.

En este caso son de aplicación el artículo 16, letra f), de la Directiva (2004/18/CE) sobre adjudicación de los contratos públicos y el artículo 24, letra e), de la Directiva (2004/17/CE) sobre adjudicación de contratos en las empresas de servicio público: «La presente Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios relativos a servicios de investigación y de desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador *para su utilización en el ejercicio de su propia actividad*, siempre que el poder adjudicador remunere totalmente la prestación del servicio».

¹⁰ O de cualquier documento que lo sustituya.

¹¹ Si no se siguen los procedimientos adecuados y las autoridades públicas no detectan y cuantifican adecuadamente los eventuales elementos de ayuda estatal antes de conceder la ayuda, se corre el riesgo de que la empresa suministradora tenga que devolverla posteriormente. La jurisprudencia de los tribunales europeos excluye que la empresa beneficiaria pueda invocar la responsabilidad del gobierno a fin de evitar dicha devolución.

¹² La Comisión tiene intención de eximir a ciertos tipos de ayuda a la I+D+I del requisito de notificación previa antes del 1 de julio del 2008; un requisito esencial para que dicha exención sea válida es que la ayuda esté claramente identificada como ayuda estatal. Por consiguiente, se excluye que los Estados miembros puedan justificar un elemento de ayuda en contratos concretos en caso de reclamación posterior argumentando que la intensidad de la ayuda no rebasaba el nivel permisible para la ayuda a la I+D+I.

Reparto de los beneficios fuera del proyecto de contratación precomercial

El reparto de los resultados y beneficios de la I+D con el sector público y la industria fuera del proyecto de contratación precomercial puede llevarse a cabo, por ejemplo: i) mediante la publicación de los resultados de la I+D una vez concluida la contratación precomercial, y/o ii) mediante aportaciones a los organismos de normalización que manera que se permita a las demás partes interesadas reproducir los resultados de la I+D.

Reparto de riesgos y beneficios con las empresas participantes

A fin de garantizar que esta idea de compartir los resultados de la I+D fuera del proyecto resulte beneficiosa tanto para el comprador público como para las empresas participantes en el mismo, los riesgos y beneficios de la I+D se reparten entre ellos de manera tal que ambas partes salgan beneficiadas de una promoción activa de una amplia comercialización y adopción de las soluciones desarrolladas.

Como se explica abajo más detalladamente, a fin de no perturbar la competencia para excluir los elementos de ayuda estatal, resulta esencial garantizar que el reparto de riesgos y beneficios tiene lugar en función de las condiciones del mercado y que se respetan los principios del Tratado¹³ en el conjunto del proceso de contratación. Para limitar los riesgos financieros de los compradores públicos y garantizar la igualdad de oportunidades para todos los ofertantes potenciales, es importante establecer de antemano las condiciones del contrato y describir claramente todos los riesgos y obligaciones de ambas partes en el anuncio del contrato. También resulta útil para el comprador público indicar un intervalo de precios en el anuncio del contrato a fin de obtener las mejoras ofertas a precios de mercado: de esta manera se garantiza un cierto nivel mínimo de calidad en las ofertas presentadas, permitiendo al mismo tiempo competir en precios a las empresas. Exigir a las empresas que presenten ofertas con un precio fijo tiene la ventaja de responsabilizarlas de cubrir por su cuenta los eventuales costes imprevistos, adicionales al precio fijo por el que se han comprometido en su oferta, que pudiera suponerles su particular diseño. Así, el comprador público y la empresa comparten los riesgos financieros de la I+D, pues los costes de desarrollo previstos los cubre el comprador público, y los inesperados, cada empresa.

En los contratos de desarrollo exclusivo, a cambio de soportar todos los riesgos vinculados al desarrollo, el poder adjudicador obtiene derechos exclusivos con respecto a todos los resultados y beneficios resultantes del contrato, tales como los derechos de propiedad intelectual (DPI). No obstante, este enfoque tiene sus desventajas si el comprador público no necesita esos derechos exclusivos¹⁴, ya que este deberá pagar un precio más elevado, la empresa no podrá reasignar a otros proyectos a las personas que participan en el desarrollo (por el riesgo de violar inadvertidamente los DPI) y no está permitida la reutilización de los resultados para otros clientes. Es evidente que este tipo de acuerdos no favorece la innovación.

¹³ En particular, los principios fundamentales del Tratado sobre libre circulación de bienes, libre circulación de los trabajadores, libertad para prestar servicios, libertad de establecimiento y libre circulación del capital, así como los principios que derivan de ellos, tales como los de no discriminación, transparencia e igualdad de trato.

¹⁴ Informe del Grupo de expertos independientes Wilkinson dirigido por DTI, «Public Procurement for research and innovation: Developing procurement practises favourable to research and innovation», septiembre de 2005.

Por tanto, cuando el comprador público no necesita la propiedad exclusiva de todos los beneficios de la I+D, los DPI son una de las posibles áreas en las que se pueden compartir los riesgos (costes de obtención y defensa de los DPI y responsabilidades de explotación) y beneficios (ingresos por derechos de uso y licencias) entre los compradores públicos y las empresas participantes en la contratación. A ambas partes interesa compartir los DPI de una manera que promueva una amplia comercialización y adopción de las nuevas soluciones desarrolladas¹⁵. Esto podría suponer que los compradores públicos cedieran total o parcialmente los derechos relativos a la propiedad intelectual generados por las empresas¹⁶, permitiendo así a estas obtener beneficios de la comercialización de los nuevos productos y servicios resultantes de la I+D. A cambio, habitualmente las empresas serían responsables de tomar las medidas necesarias para la protección de los DPI generados por ellas y resultantes del proyecto y los compradores públicos obtendrían uso gratuito en las condiciones oportunas de una licencia relativa a las tecnologías y soluciones desarrolladas. A fin de garantizar el acceso a una cadena de suministro suficientemente amplia y competitiva, el comprador público obtendría también normalmente el derecho a pedir a las empresas participantes que concedieran licencias de las soluciones desarrolladas a terceros proveedores en condiciones de mercado equitativas y razonables, y las empresas participantes no podrían ceder la propiedad de los DPI sin el consentimiento del comprador público. Mediante una disposición de retrocesión, se podría garantizar que los DPI de las empresas que no logran explotarlos ellas mismas en un plazo dado tras concluir el proyecto reverterían al comprador público¹⁷.

Los mecanismos de DPI que dejan a las empresas la propiedad de los derechos generados por ellas presenta varias ventajas¹⁸. En primer lugar, es probable que, mediante la licencia que les concede derechos de uso gratuitos, el comprador público necesite acceder a alguna tecnología de base no desarrollada al amparo del contrato de contratación precomercial. Ese acceso es más fácil de conseguir dentro de un acuerdo global que conceda a la empresa la propiedad de los resultados del contrato. En segundo lugar, los proveedores suelen estar mejor situados que la autoridad pública para explotar los resultados del contrato. En tercero, el propietario de los DPI tiene que garantizar una protección adecuada a fin de preservar los resultados del contrato para su explotación. Suponen gastos tanto la obtención y mantenimiento de los DPI como los eventuales litigios planteados en los tribunales en torno a ellos. Al dejar a las empresas que participan en la contratación la propiedad de los DPI generados por ellas, la autoridad pública evita asumir el riesgo de que los pagos necesarios para garantizar la

¹⁵ La ventaja de fomentar una *amplia comercialización* es que cuantas más posibilidades haya de utilizar las tecnologías protegidas por DPI en mercados adicionales (p. ej., privados) al comprador público inicial, más bajo será el precio del producto para el comprador público y más elevado el valor de los derechos de explotación para las empresas. La ventaja suplementaria de fomentar una *amplia adopción* dentro de la autoridad pública es que cuantos más usuarios potenciales en el comprador público tengan las soluciones desarrolladas, mayor será el valor de sus derechos al uso gratuito de una licencia. Por esta razón, los proyectos que comporten el desarrollo de tecnologías duales (proyectos con gran potencial de mercado tanto en el sector público como en el privado) serían candidatos interesantes para la contratación precomercial.

¹⁶ Un acuerdo equilibrado podría consistir en atribuir a los compradores públicos (y pagar la adquisición y protección de) la propiedad de los DPI generados por el comprador público y a las empresas la propiedad de los DPI generados por las empresas, en tanto que los DPI generados conjuntamente serían de propiedad conjunta.

¹⁷ Es posible introducir variantes en las disposiciones sobre DPI, p. ej., dependiendo de la situación del sector.

¹⁸ Véanse las recomendaciones 8.52 y 8.53 de «The Race to the top: A review of government's science and innovation policies», Lord Sainsbury of Turville, octubre de 2007. Véase asimismo, para más información, la sección 3.4, p. 17, de «The Ministry of Defence guide to Intellectual Property», UK MOD, septiembre de 2003.

protección puedan impedir que los ingresos por explotación ofrezcan una rentabilidad adecuada. Por último, el que la empresa pueda considerar que el proyecto es una inversión en propiedad intelectual que puede volver a aplicar más adelante en otros proyectos contribuye a minimizar los elevados gastos de particularización.

Asegurarse de que las disposiciones de los contratos del reparto de riesgos y beneficios se ajustan a las condiciones del mercado

Según el marco comunitario para las ayudas estatales a la investigación, el desarrollo y la innovación, «los poderes públicos pueden encargar I+D a empresas o comprar a éstas los resultados de la misma. Si la contratación de esa I+D no se realiza a precios de mercado, normalmente constituirá ayuda estatal a efectos del artículo 87, apartado 1, del Tratado CE. Por otro lado, si los contratos se adjudican en condiciones de mercado, de lo cual sería indicativo la publicación de una licitación con arreglo a las directivas aplicables a las licitaciones, normalmente la Comisión considera que no constituyen ayudas estatales a efectos del artículo 87, apartado 1, del Tratado CE».

Esta sección explica cómo se puede garantizar la compra a precios del mercado cuando se produce un reparto de beneficios (p. ej., relacionados con los DPI) entre los compradores públicos y las empresas que participan en la contratación.

Para los proyectos de desarrollo exclusivo, en los que todos los DPI resultantes son propiedad del comprador público, las empresas participantes no deberían recibir ninguna ventaja si el precio abonado no supera los costes de la empresa más un margen razonable. En el enfoque de la contratación precomercial presentado, cuando los DPI no se atribuyen íntegramente al comprador público, el precio que este abona por el desarrollo precomercial, a fin de excluir una eventual elemento de ayuda estatal, debe ser inferior al abonado en el caso del desarrollo exclusivo. La diferencia de precio en comparación con el desarrollo exclusivo debería reflejar el valor de mercado de los beneficios recibidos y de los riesgos asumidos por la empresa participante¹⁹.

Cuando la distribución de derechos y obligaciones se decide de antemano y consta en los documentos de la licitación, el comprador público puede estimar anticipadamente el futuro beneficio económico de los DPI para las empresas sobre la base del mercado potencial futuro de las soluciones que se desarrollen, el número de empresas presentes en el segmento, etc. Esta información se puede luego utilizar para fijar el extremo superior del intervalo de precios indicativo de la licitación. Cuando la distribución de los derechos y obligaciones de las partes consta de antemano en los documentos de la licitación, todas las empresas tienen iguales oportunidades de presentar ofertas con arreglo a las mismas condiciones contractuales, y los precios son, pues, comparables. Por consiguiente, si tal es el caso y si la licitación se ha llevado a cabo de forma competitiva²⁰ y transparente, en consonancia con los principios del Tratado¹³, lo que conduce a unos precios acordes con las condiciones del mercado, y no existe ningún indicio de manipulación, normalmente esto permite al Estado establecer el precio correcto (económicamente más ventajoso) del servicio de I+D, en cuyo caso puede excluirse en principio la existencia de ayuda estatal de acuerdo con la definición contenida en el

¹⁹ En caso de reparto de los DPI, el precio de mercado de los beneficios debe reflejar las oportunidades de comercialización abiertas por los DPI a la empresa y los riesgos asociados que asume la empresa, como por ejemplo los costes soportados para mantener los DPI y comercializar los productos.

²⁰ Se entiende por licitación competitiva aquella en la que varias empresas pueden presentar ofertas competidoras.

artículo 87, apartado 1, del Tratado. El enfoque de la contratación precomercial descrito se basa en un contrato marco único para las tres fases, en el que la distribución de los derechos y obligaciones de las partes consta de antemano en los documentos de la licitación y que no implica renegociación de los derechos y obligaciones, incluida la atribución de los DPI, una vez elegidas las empresas participantes.

Las autoridades nacionales o regionales encargadas de la política de innovación o la Comunidad pueden utilizar incentivos financieros²¹ para instar a los poderes adjudicadores a detectar retos a medio y largo plazo que exijan nueva I+D para desarrollar soluciones y poner en marcha proyectos de contratación precomercial. En caso de que se utilicen transferencias financieras entre autoridades públicas para reunir el capital necesario para la contratación precomercial, es necesario cerciorarse, a fin de evitar que dichas transferencias constituyan ayuda estatal, de que no tienen por consecuencia el traslado selectivo de beneficios a empresas privadas. Por lo tanto, los Estados miembros tienen que impedir que dichos incentivos sean trasladados total, o incluso parcialmente, a las empresas a través del abono por los compradores públicos de precios superiores (a los del mercado).

En caso de dudas en relación con las ayudas estatales, los Estados miembros deberían notificar la medida a la Comisión a fin de descartar que el contrato contenga algún elemento de ayuda estatal o determinar que la medida constituye una ayuda estatal compatible.

5. PUESTA EN MARCHA, EVALUACIÓN Y CONTRATACIÓN EN LA TRANSPARENCIA, LA OBJETIVIDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN

Puesta en marcha

El uso de especificaciones funcionales, por ejemplo, permite al comprador público formular el objeto de la licitación de contratación precomercial a modo de problema por resolver, sin prescribir el enfoque concreto que deba seguir la solución. El uso de la licitación competitiva²⁰ fomenta la innovación a través de la competencia. En el anuncio del contrato debe indicarse la intención de seleccionar a varias compañías para que empiecen el proyecto en paralelo. Debe darse a las licitaciones una publicidad suficientemente amplia en función de la ubicación esperable de los licitadores potenciales, lo cual se ajusta a los principios del Tratado¹³. Los compradores públicos tienen que evaluar todas las ofertas con arreglo a los mismos criterios objetivos con independencia de la nacionalidad del licitador.

El uso óptimo del enfoque descrito ayuda al poder adjudicador a garantizar que se propicia la máxima competencia y se respetan los principios fundamentales del Tratado, como el de no discriminación, y los principios que de ellos derivan, como el de transparencia. Las partes principales del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC, incluida la CE, han excluido los servicios de I+D²² del ámbito de aplicación de dicho Acuerdo, es decir, tanto del trato nacional²³ como de la obligación de no discriminación. Salvo en el caso del EEE y de los acuerdos de estabilización y asociación con países objeto de la Política de Vecindad Europea,

²¹ Por ejemplo, el Ministerio de Economía de los Países Bajos ofrece un incentivo financiero único a otros ministerios que inicien su primer proyecto piloto de contratación de I+D organizado en fases con varios proveedores compitiendo.

²² Anexo IV del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC.

²³ La obligación de trato nacional implica que los Miembros no pueden tomar medidas discriminatorias entre servicios o proveedores de servicios nacionales y extranjeros.

la UE no tiene obligaciones de trato nacional ni de no discriminación con respecto a otros países del mundo para la contratación de servicios de I+D³, aunque sí en el caso de los suministros²⁴.

Dado que la contratación precomercial afecta a los servicios de I+D, los compradores públicos pueden decidir caso por caso si procede abrirse a ofertas de todo el mundo y en qué condiciones, teniendo en cuenta todo el potencial del Espacio Europeo de Investigación²⁵. Esto significa que el proceso de contratación puede organizarse de manera tal que las empresas tengan estímulos para ubicar buena parte de sus actividades de I+D y operativas relacionadas con el contrato de desarrollo precomercial en el Espacio Económico Europeo o en un país que haya celebrado un acuerdo de estabilización y asociación. Permitir que empresas de cualquier parte del mundo presentasen ofertas con independencia de la situación geográfica de su sede principal o de su estructura de gobierno constituiría para los Estados miembros una manera abierta y eficaz de promover el crecimiento y la creación de empleo en Europa sin excluir a las empresas no europeas.

Evaluación y contratación

Podrían utilizarse los siguientes criterios para adjudicar los contratos: «capacidad para abordar el problema planteado en la licitación». «calidad tecnológica y carácter innovador de la propuesta», «valor añadido de la propuesta para la sociedad o la economía». Este último criterio puede tomar en consideración, además de los aspectos básicos relacionados con los costes, el valor añadido que aporta la propuesta en relación con la mejora de los servicios públicos y los beneficios asociados para la sociedad y la economía en su conjunto. Los criterios que se elijan deben especificarse de manera tal que sean fáciles de comprender, cuantificar y comprobar.

El contrato marco debería contener preferiblemente un acuerdo sobre el procedimiento futuro de ejecución de las distintas fases, con inclusión del formato de las evaluaciones intermedias posteriores a las fases de diseño de soluciones y desarrollo del prototipo que permitirán seleccionar progresivamente a las empresas competidoras que ofrezcan las mejores soluciones. En las evaluaciones intermedias se pueden utilizar los mismos criterios aplicados para adjudicar el contrato. Las especificaciones de la licitación se pueden ir particularizando paulatinamente a cada fase.

6. SEGUIMIENTO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA EL DESPLIEGUE DE VOLÚMENES COMERCIALES DE LOS PRODUCTOS FINALES

El establecimiento de una separación nítida entre la fase de I+D precomercial y el despliegue de los productos finales comerciales resultantes de la I+D permite a los compradores públicos filtrar los riesgos tecnológicos de la I+D antes de comprometerse a adquirir una solución innovadora completa para implantaciones comerciales a gran escala.

Además, inicialmente y durante el proceso de contratación precomercial, el comprador público debe tener presente que en dicho proceso no puede haber nada que condicione la

²⁴ Esta obligación no afecta solamente a los productos finales comerciales. Tampoco los contratos de suministro de I+D están exentos de la obligación de no discriminación.

²⁵ COM(2007)161, Libro verde sobre el EEE.

competencia en la contratación del despliegue comercial, al que son aplicables las Directivas sobre contratación.