

LA COMPRA PUBLICA INNOVADORA: *una estrategia y una oportunidad*

JOSE MARIA GIMENO FELIU

MIGUEL ANGEL BERNAL BLAY



**Universidad
Zaragoza**



**Observatorio
Contratación Pública**

ESTRATEGIA EN INNOVACION

- La **investigación y la innovación desempeñan un papel central** en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.
- Es una de las **estrategia para hacer políticas públicas**.
- Es una política de carácter horizontal que **desplaza el modelo subvencional hacia el modelo del contrato público**
- Es una **oportunidad para cambiar el modelo económico y la “visión de negocio”**. La Administración acepta ofertas de nuevos productos o, ante la inexistencia de soluciones, solicita colaboración al mercado.
- Exige un elevado **nivel de especialización** para poder poner en valor en los poderes públicos la innovación.

DOCUMENTOS DE LA COMISION

Existe ya un ***soft law*** que da soporte al nuevo escenario:

1. Comunicación *La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles* (COM (2007) 799 final),
2. *Iniciativa emblemática de Europa 2020 - Unión por la innovación: convertir las ideas en empleo, crecimiento ecológico y progreso social* (COM (2010) 546 final),
3. Comunicación “Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación” (COM (2011) 808 final), adoptada el 30 de Noviembre de 2011.

PROPUESTA DE DIRECTIVA (2014)

La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, 20.12.2011 COM (2011) 896 final 2011/0438 (COD) y relativa a la contratación pública, deberá derogar las anteriormente citadas Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE. Esta Directiva dará un paso más en la contratación pública de innovación, contribuyendo a que los Estados miembros flexibilicen los procedimientos de adjudicación y en beneficio de otras políticas públicas, mediante:

- a) Investigación e innovación, que son imprescindibles para alcanzar un crecimiento futuro inteligente, sostenible e integrador.*
- b) Fomento de asociaciones europeas de innovación, a través de la intervención de agentes de los sectores públicos y privados, con el objeto de acelerar la asimilación de la innovación y generando un atractivo comercial.*
- c) Mayor facilidad de acceso a las PYMEs al mercado de contratación, por su potencial de adaptación al entorno.*
- d) Redacción de especificaciones técnicas que permitan la diversidad de soluciones técnicas.*

SITUACION EN ESPAÑA (I)

España no ha sido ajena a esta nueva estrategia:

1. La Estrategia Estatal de Innovación E²i (2 de julio de 2010), como parte de la Estrategia de Economía Sostenible aprobada en Diciembre de 2009, realizó un diagnóstico del estado de la innovación en España y marcó las líneas de trabajo favorecedoras del desarrollo macroeconómico basado en la innovación y la competitividad.
2. Ley 2/2011, de 4 de Marzo, de Economía Sostenible.
3. Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.

SITUACION EN ESPAÑA (II)

- Con fecha de 8 de Julio de 2011, el Consejo de Ministros aprobó una nueva regulación de la Compra Pública Innovadora. Destacan en este Acuerdo la publicación de la *Guía sobre Compra Pública Innovadora* y la fijación del objetivo del Gobierno para 2013 de que este tipo de compra alcance el 3% del Presupuesto de la Administración General del Estado en inversión nueva.
- EL Real Decreto 345/2012, de 10 de Febrero, desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Competitividad y modifica el Real Decreto 1887/2011, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. Dependiente de este Ministerio aparece la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación con competencias en materia de I+D+i y dentro de la cual se inscribe la Dirección General de Innovación y Competitividad, que ejerce la función de impulso a la Compra Pública Innovadora

Compra Pública Pre-comercial (CPPc)

Consiste en **la contratación de servicios de I+D mediante diálogo competitivo entre comprador (ente público) y múltiples empresas privadas**, para el diseño y desarrollo de prototipos que, a través de sucesivas fases eliminatorias según eficacia y eficiencia, definan la mejor solución a una potencial demanda pública:

a) No es una subvención pues está sujeta a las condiciones de mercado.

b) Su objetivo es estimular la innovación orientada a la Administración Pública. La producción del bien o el suministro del servicio, según el caso, quedan completamente fuera del proceso; el órgano interesado en adquirir la solución técnica más satisfactoria, habría de comenzar todo un procedimiento de licitación.

-

Compra Pública Pre-comercial (CPPc)

La CCPc se relaciona con la fase de investigación y desarrollo (I+D) previa a la comercialización y que cubre actividades como la exploración de soluciones que son propias de las fases de diseño, creación de prototipo, productos de prueba y preproducción, deteniéndose antes de la producción comercial y venta .

Característica propia de la contratación precomercial es el reparto de riesgos y beneficios según las condiciones de mercado, ya que el comprador público no se reserva los resultados de la I+D para su uso en exclusiva, sino que comparte con las empresas los riesgos y los beneficios de la I+D necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las que hay disponibles en el mercado. **La Administración no se reserva la explotación del producto final: se comparte.**

-

Compra Pública Pre-comercial (CPPc)

- Aparece regulada en los artículos **4.1.r) y 13.2.b) TRLCSP**.
- **Informe 2/2010, de 17 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón: características** singulares que no tienen encaje en la LCSP y que son:
 - a) El interés público perseguido es la obtención de recursos y el fomento de la investigación.
 - b) La regla general es la aleatoriedad del contrato, que no responde a una necesidad previa del ente público.
 - c) El impulso e iniciativa del contrato procede de fuera de la Administración, por tanto no cabe promover concurrencia y la falta de ellos no compromete fines esencialmente administrativos.
-

(CPPc)

características

- 1) La CPPc es **un contrato de servicios de I+D**, sin que admita su extensión a los restantes objetos contractuales.
- 2) Es un negocio **jurídico nominado pero atípico**, al haber sido excluido del ámbito de aplicación
- 3) El ámbito operativo de la CPPc **está limitado a la provisión de soluciones innovadoras totalmente nuevas o sustitutivas de otras menos eficientes**. No incluye la provisión de productos acabados y comercializables.

(CPPc)

características

- 4) **La adopción del principio de reparto de riesgos y beneficios entre el comprador público y los operadores privados.**

En su Informe 3/2012, de 10 de abril, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias afirma que los riesgos y beneficios de la investigación a que aluden los artículos 4.1.r) y 13.2.b) han de referirse a la posibilidad de explotar o comercializar con terceros el resultado de los trabajos realizados, pero no implicar variaciones en el importe de la remuneración, que pueda quedar a expensas del resultado satisfactorio de los trabajos realizados, puesto que, tal y como establecen los artículos citados, la remuneración en esta modalidad de contrato ha de correr íntegramente por cuenta del órgano de contratación, con independencia de la rentabilidad que éste obtenga del resultado del trabajo contratado.

(CPPc)

características

- 5) El **procedimiento precomercial será establecido por cada órgano de contratación. A falta de norma legal, se ajustará a las reglas previstas en sus pliegos y supletoriamente al TRLCSP (artículo 4.2).** El procedimiento es competitivo en cada una de sus etapas. Tan sólo progresarán aquellos candidatos que reúnan los criterios de selección fijados en cada etapa. El resto serán excluidos. El procedimiento termina cuando los diseños innovadores puedan transformarse en productos finales utilizables por el órgano de contratación.

(CPPc)

características

- 6) El **precio abonado a los participantes seleccionados se fija en condiciones de mercado**, con el fin de evitar que pueda ser constitutivo de una ayuda de Estado incompatible con el artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El **precio ha de ser satisfecho íntegramente por el órgano de contratación**, sea cual fuere la rentabilidad que éste obtenga del trabajo contratado
- 7) Es importante que el **resultado final pueda ser utilizado directamente por la Administración durante un plazo sin necesidad** de licitación pública.

Compra Pública de Tecnología Innovadora (CPTI)

Consiste en la **compra de un bien o servicio que, por emplear nueva tecnología o una mejora sustancial de la existente** -dicha tecnología deberá desarrollarse dentro de los plazos estipulados previamente (se recomienda por debajo de un año)-, cumple con los requisitos de demanda desde el sector público.

En este caso, todo el proceso queda recogido en un único contrato, desde la parte intelectual de aplicación del conocimiento hasta que el producto -bien o servicio-completo puede ser utilizado inmediatamente después de su adquisición.

- A ella se refiere el artículo **11.1 c) TRLCSP**

Compra Pública de Tecnología Innovadora (CPTI)

- El artículo 11.1 b) TRLCSP incluye entre los supuestos objetivos de CPP «la fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado».
- La tramitación de las CPTI a través de los procedimientos de contratación comunes no puede ser sino accidental. Su **modalidad natural es el contrato de colaboración público-privado (CPP)**.
- El **reparto de riesgos** entre las partes, consustancial al contrato de colaboración público-privada (artículo 215 TRLCSP), aumenta su relevancia cuando este tipo comercial se utiliza en las CPTI.

LA ASOCIACION POR LA INNOVACION

- La asociación para la innovación es un nuevo tipo de procedimiento para la contratación innovadora (artículo 24 propuesta Directiva), accesible a los poderes adjudicadores «cuando las soluciones ya disponibles en el mercado no puedan satisfacer una necesidad en relación con el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la adquisición ulterior de los suministros y servicios u obras resultantes»
- *«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 (...) sin necesidad de recurrir a un procedimiento de contratación independiente para la adquisición»*. Considerando bis 17.

LA ASOCIACION POR LA INNOVACION

Hay **VARIAS DIFERENCIAS CON LA CONTRATACIÓN PRECOMERCIAL:**

1) La **asociación para la innovación está reconocida entre los procedimientos** de contratación típicos en los artículos 24 y 29 de la Propuesta. La contratación precomercial fue expresamente excluida del ámbito de aplicación de la normativa contractual comunitaria (artículo 16 f) de la Directiva 2004/18/CE).

2) La **asociación para la innovación contiene un solo procedimiento dividido en dos fases principales.** Por el contrario, el punto y final de la contratación precomercial en el diseño de los bienes o servicios reclamados por el órgano de contratación. Su producción o prestación se licitará en un procedimiento separado.

LA ASOCIACION POR LA INNOVACION

- 3) En la asociación para la innovación, al ser único el procedimiento, **el socio que presente la mejor oferta tecnológica será el adjudicatario de la obra, suministro o servicio**. La contratación precomercial admite en la licitación de los productos finales ofertas de otros candidatos sumados a los que superaron la fase precomercial.
- 4) En su primera fase (precomercial), la asociación se equipara a una contratación precomercial de grado mínimo, puesto que la tecnología buscada o ya existe –y pretende mejorarse– o es factible desarrollarla con éxito en breve plazo. Pero en su segunda etapa (comercial o contractual) la naturaleza del contrato vendrá determinada por el tipo de producto final requerido por el órgano de contratación («*suministros, servicios u obras resultantes*»; artículo 29.2).

LA ASOCIACION POR LA INNOVACION

- 5) Distinta **imputación subjetiva de riesgos y beneficios a las partes**. La asociación es una figura intermedia entre los contratos públicos al uso y la contratación precomercial.

La Guía sobre compra pública innovadora recomienda la asignación al adjudicatario de la titularidad de los derechos de propiedad intelectual e industrial y del uso a la entidad contratante. Ver **el Informe 37/2011, de 28 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, «Guía sobre compra pública innovadora»**.

LA ASOCIACION POR LA INNOVACION

- **En cuanto al procedimiento:** El órgano de contratación iniciará el procedimiento mediante la **publicación de la convocatoria de licitación**. La Propuesta enfatiza el deber de motivación que incumbe a la autoridad contratante, y que afecta a tres elementos: la necesidad de los productos innovadores; la elección del procedimiento y la participación en el mismo.
- En la **documentación de la contratación** el poder adjudicador precisará, en primer lugar, «*la necesidad de productos, servicios y obra innovadores que no pueda ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios y obras ya disponibles en el mercado*»

LA ASOCIACION POR LA INNOVACION

- La elección del **procedimiento se justifica**, cuando de la asociación para la innovación se trata, en la necesidad de la tecnología y de los productos innovadores.
- Los operadores económicos dispondrán **de un plazo no inferior a treinta días** para presentar sus solicitudes de participación, a contar desde la fecha de envío del anuncio de licitación.
- Es conveniente **la consulta del mercado para obtener información sobre la estructura y la capacidad de un mercado**, al mismo tiempo que informa a los agentes del mercado sobre los proyectos y los requisitos de contratación de los compradores públicos. Sin embargo, los contactos preliminares con los participantes del mercado no deben dar lugar a ventajas desleales y falseamientos de la competencia.
- Los criterios de **selección, recogidos en el artículo 56** son, al igual que en la Directiva 2004/18/ CE, la habilitación para ejercer la actividad profesional, la solvencia económica y financiera y la capacidad técnica y profesional. **PERO....**

LA ASOCIACION POR LA INNOVACION

- Debe valorarse en la admisión de la experiencia de la empresa y de sus recursos humanos como criterio de solvencia técnica y profesional. **Además, se impone al órgano de contratación que priorice los** criterios de selección relativos a la capacidad de los candidatos en el ámbito de la investigación y el desarrollo, así como en lo que se refiere al desarrollo y la aplicación de soluciones innovadoras.
- Tras la selección **se invita a presentar oferta (solo los seleccionados)** y es posible determinar un número máximo de licitadores a invitar (mínimo de 3).
- A la hora de sustanciar la adjudicación del contrato, el artículo 29.3 se remite a **las normas del procedimiento negociado. Deben ser decisivos los aspectos técnicos.**

LA ASOCIACION POR LA INNOVACION

- Es previa la **necesidad de formular las especificaciones técnicas de manera funcional** para no limitar indebidamente las soluciones de innovación.
- Por supuesto, **la confidencialidad, principio inherente a toda contratación pública, debe ser especialmente vigilada.** Hay que evitar políticas de competencia desleal.
- La adjudicación debe realizarse a favor de la oferta económicamente más ventajosa: **rentabilidad y ciclo de vida.**
- El valor y la duración de un contrato para la adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes deberán **mantenerse dentro de los límites apropiados, teniendo en cuenta la necesidad de recuperar los costes contraídos**, en concreto los derivados del desarrollo de una solución innovadora, y de conseguirse un beneficio razonable.

COMPRA INNOVADORA Y AYUDAS DE ESTADO

- La Compra pública innovadora, en cualquiera de sus vertientes, **debe respetar la normativa de ayudas estatales** (107 TFUE).
- La Comisión ha establecido la presunción de que la ayuda de Estado no es incompatible con el mercado común cuando el contrato ha sido adjudicado de conformidad con el procedimiento previsto en las Directivas comunitarias, siempre que la retribución del adjudicatario se haya establecido de acuerdo con las condiciones normales del mercado para este tipo de transacciones.

CONCLUSIONES

- La compra pública **es una estrategia que debe posibilitar un cambio del modelo productivo** sobre criterios no especulativos que pone en valor el conocimiento y su transferencia. Se **mejora la prestación de los servicios y se es más eficiente**.
- La opción de compra pública innovadora, por su complejidad, exige profesionalización de los gestores, con equipos interdisciplinarios. **Deben constituirse centros de conocimientos específicos** en esta materia
- La necesidad de seguridad jurídica y predictibilidad para que exista inversión y se asuman riesgos exige un marco normativo claro y preciso. Es **necesaria una normativa única a nivel estatal** que desarrolle la Directiva

CONCLUSIONES

- La compra pública innovadora es **una herramienta de consolidación de una arquitectura institucional de PYMES dedicadas a la innovación**. En una situación de dificultades financieras y de dificultad de acceso al crédito, la asociación por la innovación es una apuesta por “fijar” un modelo de PYMES dinámica y que puede aportar soluciones que, con al innovación, consolidan tejido productivo en condiciones de calidad. Es posible la reserva a PYMES.
- La **compra pública innovadora debe permitir apoyar la difusión internacional de la tecnología española** y consolidar proyectos empresariales de I+D+i y la comercialización, a nivel global, de nuevos productos y servicios innovadores.
- La innovación **no puede servir para obstaculizar, restringir o falsear la competencia**.