

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones — La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles»

COM(2007) 799 final

(2009/C 100/02)

El 14 de diciembre de 2007, de conformidad con el artículo 262 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, la Comisión decidió consultar al Comité Económico y Social Europeo sobre la

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

La Sección Especializada de Mercado Único, Producción y Consumo, encargada de preparar los trabajos en este asunto, aprobó su dictamen el 1 de octubre de 2008 (ponente: Sr. VAN IERSEL).

En su 448º Pleno de los días 22 y 23 de octubre de 2008 (sesión del 22 de octubre de 2008), el Comité Económico y Social Europeo ha aprobado por 70 votos a favor y 1 abstención el presente Dictamen.

1. Conclusiones y recomendaciones

1.1 El CESE respalda plenamente el objetivo de la Comisión de promover incentivos a la innovación en la contratación pública en toda Europa. Si Europa desea mantenerse a la cabeza en la prestación de servicios públicos rentables de calidad superior para sus ciudadanos, en beneficio de la economía y del entorno social y ecológico, debe intentar aprovechar al máximo las innovaciones y el progreso tecnológico en sus servicios públicos.

1.2 El CESE está de acuerdo con las recomendaciones de la Comisión acerca del *cliente inteligente* como precursor esencial de una actitud más proactiva hacia la compra moderna por parte de los poderes públicos. En general, la calidad de los contratos con proveedores privados se beneficiará de un mayor grado de compromiso *inteligente* por parte del comprador público.

1.3 El CESE está de acuerdo con la Comisión en que incentivar las oportunidades de innovación y de tecnología aplicada en la contratación pública resultará beneficioso en dos sentidos para Europa. En primer lugar, aumentará la calidad de los servicios públicos haciéndolos más rentables y beneficiando así a los contribuyentes; y, en segundo lugar, brindará nuevas oportunidades a la innovación para las empresas, contribuyendo así, en general, al rendimiento y a la competitividad de la innovación de Europa.

1.4 El CESE subraya que, cualesquiera que sean las posibles ventajas de unos planteamientos nuevos o diferentes en la contratación pública, la correcta transposición y aplicación de las

directivas de 2004 ⁽¹⁾ (las «Directivas») sigue siendo prioritaria. Las actitudes tradicionales y culturales suelen hallarse profundamente arraigadas. La práctica demuestra que una aplicación correcta en los Estados miembros exige una constante supervisión directa, así como el intercambio de experiencias y de buenas prácticas.

1.4.1 Hoy en día la contratación pública cubre ámbitos muy amplios y nuevos paradigmas. El CESE subraya que debe hacerse una distinción clara entre la adquisición por parte de las instancias públicas y por parte de las empresas de servicios públicos, especialmente en cuanto a promover la innovación. Las empresas de servicios públicos, la mayoría de las cuales han participado en proyectos innovadores desde hace más de cien años, poseen una mayor cualificación y experiencia profesional en proyectos de alta tecnología, lo que les permite gestionar las nuevas formas de innovación. Lo mismo puede decirse del sector de la defensa, si bien Europa, con respecto a los Estados Unidos, carece de los grandes presupuestos y la correspondiente base de dimensiones continentales en cuanto a suministros. Esta es la razón por la que el presente dictamen se centra en las autoridades públicas, pues las empresas de servicios públicos poseen ya la capacidad de gestionar la I+D.

1.5 Da la impresión de que la Comisión se siente muy confiada en cuanto a la transposición a Europa de experiencias útiles de los Estados Unidos en lo que respecta a vincular tecnología, innovación y contratación pública. El CESE teme que no será tan fácil crear oportunidades semejantes. En la actualidad, el mercado de los servicios públicos y de la defensa, la adquisición y la correspondiente innovación en Europa se han venido desarrollando principalmente sobre la base de experiencia técnica y condiciones nacionales.

⁽¹⁾ Las Directivas de 2004 son la Directiva de contratos públicos de servicios («Sectores especiales») 2004/17/CE y la Directiva de contratos públicos de obras, de suministro y de servicios («Clásica») 2004/18/CE.

1.6 En general, lo que nos diferencia de los Estados Unidos en contratación pública es que Europa carece de:

- un gran mercado y unas condiciones similares para las PYME de alta tecnología en todo el continente;
- una lengua común;
- la relación especial existente entre el Pentágono y las empresas centradas en la tecnología; y
- las derivaciones de los productos y aplicaciones militares al ámbito civil.

1.7 El CESE desea dejar claro que comparte la opinión de la Comisión de que debemos aprovechar cualquier oportunidad de estimular la innovación a fin de desarrollar una mejor calidad y mejores servicios públicos de valor. A tal efecto, la Comisión debería también animar a las instancias públicas a que intenten beneficiarse de las buenas prácticas de los demás.

1.8 Se debe animar a los compradores públicos a que se abran a soluciones innovadoras y a alternativas («variantes») y a que no continúen necesariamente comprando lo mismo que antes. Deben aspirar a obtener valor a cambio del dinero invertido: no limitarse a buscar el precio más bajo. Los intercambios entre centros de conocimiento en este ámbito en algunos Estados miembros pueden ser útiles para establecer modelos en toda Europa. Así, se puede animar a los compradores a que desarrollen las capacidades necesarias para ser *clientes inteligentes* adquiriendo de ese modo progresivamente experiencia. Poseer esas capacidades y experiencia son condiciones *sine qua non*.

1.9 En cuanto a la innovación, los compradores públicos deben iniciar un diálogo técnico y transparente mucho antes de anunciar las licitaciones a fin de comprender las últimas innovaciones existentes en el mercado y dar al mercado la oportunidad de comprender mejor el problema planteado ofreciendo así soluciones óptimas.

1.10 El CESE recomienda cautela a la mayoría de las instancias públicas en lo que respecta a su implicación en procesos innovadores o como pioneros en su adopción. Con demasiada frecuencia los poderes públicos no han tenido ocasión de desarrollar las capacidades y la experiencia necesarias para participar

en un proyecto verdaderamente innovador; los riesgos son importantes y exigen una gestión de la máxima calidad, teniendo en cuenta que las posibilidades de fracaso son muy reales.

1.11 Debería establecerse una red de personas experimentadas y profesionales en los Estados miembros a la que se pueda recurrir para reforzar los recursos propios del comprador en proyectos innovadores más avanzados.

1.12 Aunque en el anexo se resumen procedimientos relativos a contratos precomerciales de compra que, aunque quedan fuera del ámbito de las Directivas —en virtud de la cláusula de exclusión⁽²⁾—, se ajustan al marco jurídico vigente, existe siempre la posibilidad de una infracción, incluso inadvertida. El CESE recomienda, pues, a los compradores que estudien el anexo y sigan escrupulosamente sus recomendaciones. En caso de que la autoridad compradora o cualquier posible proveedor albergue la más mínima duda, el CESE recomienda vivamente a la primera que solicite el visto bueno de la Comisión en cuanto a posibles infracciones de las normas sobre ayudas estatales o de las cláusulas de exclusión de las Directivas y que facilite pruebas de ello a todos los posibles proveedores.

1.13 La Comisión destaca acertadamente la importancia de los derechos de propiedad intelectual. El CESE añade que es preciso actuar con gran cuidado en su establecimiento, asignación y gestión, ya que no se trata de un ámbito de actividad sencillo.

2. Antecedentes y contexto

2.1 En 2004 el Consejo aprobó las actuales Directivas sobre Contratos públicos de servicios⁽³⁾ y sobre Contratos públicos de obras, de suministro y de servicios⁽⁴⁾, que representan conjuntamente alrededor del 16 % del PIB europeo.

⁽²⁾ Cláusulas de exclusión:

- Directiva «Sectores especiales», artículo 24 (e): [...] Contratos relativos a determinados servicios excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva. La presente Directiva no se aplicará a los contratos de servicios: [...] e) referentes a los servicios de investigación y de desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan 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.
- Directiva «Clásica», artículo 16 (f) —Artículo 16: Exclusiones específicas [...] La presente Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios: [...] f) 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.

⁽³⁾ 2004/17/CE.

⁽⁴⁾ 2004/18/CE.

2.2 El objetivo de las Directivas era definir un conjunto de normas coherente, no discriminatorio y transparente que garantizara la apertura de unos mercados hasta entonces total o parcialmente cerrados, fomentando la competencia entre los proveedores y una relación coste-beneficio más rentable para el Estado y los ciudadanos.

2.3 Con el fin de garantizar que las Directivas fueran prácticas y se adaptaran a la consecución del objetivo se entablaron prolongados debates a lo largo de la elaboración de las propuestas finales.

2.4 Las Directivas se han ido transponiendo a la legislación nacional. Sin embargo, en la práctica su aplicación a nivel nacional y regional dista de ser fácil. Los procedimientos requieren unas capacidades, una profesionalidad y una experiencia que, hasta la fecha, los compradores públicos en general no han desarrollado. En muchos casos la curva de aprendizaje es larga.

2.5 Dado que la innovación es un tema central de la Estrategia de Lisboa, los Estados miembros y la Comisión han lanzado diversas iniciativas a fin de examinar y determinar cómo fomentar, sobre la base de las Directivas, la innovación en la práctica de la contratación pública.

2.6 Entre otras, se pueden citar las siguientes iniciativas adoptadas por la Comisión:

— diez recomendaciones de buenas prácticas, necesarias para abordar con éxito la contratación pública⁽⁵⁾ (guía en diez puntos);

— una serie de debates entre funcionarios de la Comisión y directores nacionales de la investigación de los Estados miembros en el sector de las TIC⁽⁶⁾, que ha dado lugar a propuestas concretas sobre contratación precomercial⁽⁷⁾ que se comentan con más detalle en el apartado 4 del presente dictamen;

⁽⁵⁾ Guía en diez puntos. Guía sobre el tratamiento de soluciones innovadoras en la contratación pública, diez buenas prácticas, SEC(2007) 280 [en la actualidad no existe versión española].

⁽⁶⁾ TIC: tecnologías de la información y de la comunicación.

⁽⁷⁾ «Contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles», COM(2007) 799 final; anexo SEC(2007) 1668.

— la iniciativa de la DG Medio Ambiente, en el marco del Plan de actuación a favor de las tecnologías ambientales (PATA)⁽⁸⁾, sobre verificación tecnológica y certificación correspondiente;

— en la DG Investigación acaba de empezar a operar un grupo de expertos en gestión de riesgos en la contratación pública.

2.7 Las iniciativas de la Comisión se basan e inspiran en informes pioneros tales como el informe Aho «Crear una Europa innovadora»⁽⁹⁾ y la Comunicación «Iniciativa en favor de los mercados líderes de Europa»⁽¹⁰⁾. Ambos documentos indican explícitamente que la contratación pública puede -y deber ser una fuente valiosa de innovación en obras, bienes y servicios⁽¹¹⁾. En cinco de los seis⁽¹²⁾ sectores considerados especialmente apropiados para proyectos innovadores por la Iniciativa en favor de los mercados líderes, hay amplio margen para la innovación en la esfera pública.

2.8 En las consultas con las partes interesadas se definió una serie de criterios para los mercados líderes, como un enfoque «basado en la demanda y no presionado por la tecnología» y el «interés estratégico y económico», ambos de especial interés para los compradores públicos. En todas las consultas se resaltaba la necesidad, percibida por muchos, de que la contratación pública apoye, en mayor medida que en el pasado, obras, productos y servicios innovadores en Europa.

2.9 La guía de diez puntos publicada en marzo de 2007 se deriva del informe Aho y establece lo que deben ser nuestras buenas prácticas a la hora de abordar soluciones innovadoras en la contratación pública, fijando diez puntos importantes para tener éxito como *cliente inteligente*⁽¹³⁾. (Para un comentario más detallado del *cliente inteligente* véase el punto 3.14).

⁽⁸⁾ Las acciones prioritarias del PATA son: promover la investigación y el desarrollo; allegar fondos; ayudar a estimular la demanda y mejorar las condiciones del mercado.

⁽⁹⁾ *Crear una Europa innovadora — Informe del Grupo de Expertos Independientes sobre I+D e Innovación creado a raíz de la Cumbre de Hampton Court*, enero de 2006. http://ec.europa.eu/invest-in-research/pdf/2006_aho_group_report_es.pdf.

⁽¹⁰⁾ «Iniciativa en favor de los mercados líderes de Europa»: COM(2007) 860 final.

⁽¹¹⁾ Hay otros documentos de la Comisión dignos de mención; por ejemplo, *More Research and Innovation — A Common Approach* Comunicación de la Comisión. ISBN 92-894-9417-4 publicado en 2005.

⁽¹²⁾ Sanidad electrónica, textiles protectores, construcción sostenible, reciclado, bioproductos y energías renovables.

⁽¹³⁾ Guía en diez puntos. Guía sobre el tratamiento de soluciones innovadoras en la contratación pública, diez buenas prácticas, SEC(2007) 280 [en la actualidad no existe versión española].

2.10 En la Comunicación sobre contratación precomercial⁽¹⁴⁾ la Comisión introduce un nuevo instrumento para activar la innovación en la contratación pública. Si bien respeta las normas de las Directivas de 2004, la Comisión quiere promover contratos de servicios de I+D entre compradores públicos y los posibles proveedores que cubran las fases de I+D que preceden a la fase de comercialización; es decir, las fases de diseño, creación de prototipo, productos de prueba y preproducción, deteniéndose antes de la producción comercial y venta.

2.11 El CESE acoge con suma satisfacción cualquier esfuerzo por promover la innovación en la contratación pública. En ese sentido, el CESE acoge favorablemente todos los documentos, y las consultas y debates subsiguientes entre responsables políticos y compradores que contribuyen a preparar el terreno para incrementar el potencial innovador de la industria en la UE en beneficio de la sociedad.

2.12 El tema del presente dictamen, sin embargo, debe:

- examinar el concepto de contratación precomercial tal como se define en la Comunicación y en su anexo;
- estudiar de qué modo la contratación precomercial puede contribuir, entre otras iniciativas, a crear un clima más favorable para unas obras, productos y servicios innovadores que sean deseables;
- examinar hasta qué punto y de qué modo la contratación pública dispone de las herramientas adecuadas para fomentar la innovación en los servicios públicos; y
- evaluar cuidadosamente dónde se producen las limitaciones y los riesgos.

3. Comentarios

3.1 La guía de diez puntos⁽¹⁵⁾ establece en términos claros diez buenas prácticas que pueden ayudar a los poderes públicos a abordar eficazmente soluciones innovadoras en la contratación pública; representa unos cimientos firmes en los que basarse. Sin embargo, aplicar la guía exige mucho más. En determinados ámbitos se hace necesaria una acción más positiva; en otros, hay que actuar con precaución.

⁽¹⁴⁾ «Contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles», COM(2007) 799 final y su anexo [SEC(2007) 1668].

⁽¹⁵⁾ Guía en diez puntos. Guía sobre el tratamiento de soluciones innovadoras en la contratación pública, diez buenas prácticas, SEC(2007) 280 [en la actualidad no existe versión española].

3.2 El éxito de la contratación pública depende de unas buenas prácticas en consonancia con las Directivas. Las Directivas promueven el mercado único, lo que contribuye a que Europa pueda competir con otras zonas comerciales que poseen amplios mercados interiores. Las buenas prácticas y las Directivas son inseparables.

3.3 En algunos Estados miembros las Directivas de 2004 (véase punto 2.4) se hallan aún en la fase de transposición y en otros se producen discrepancias con el Derecho nacional. Estas deficiencias hacen más difícil beneficiarse plenamente de las Directivas.

3.4 A nivel práctico, dada la creciente complejidad de los contratos de adquisición pública en general, existe la necesidad evidente de mejorar las capacidades y la experiencia de todos los que participan en ellos. En especial, es preciso promover en la organización del comprador una cultura que se adapte a la aplicación fructífera de proyectos complejos.

3.5 Para que prospere la innovación, es esencial poder acceder a un amplio mercado. Sólo entonces podrán recuperarse los costes —dinero, tiempo, esfuerzo— de la innovación. La innovación es esencial si deseamos que la economía crezca y se refuerce.

3.6 En virtud de la Agenda de Lisboa de 2000, se adoptó la decisión de que la contratación pública desempeñara un papel a la hora de fomentar y apoyar la innovación.

3.7 Mientras que los documentos principales de la Comisión sobre innovación mencionados en el apartado 2 se refieren genéricamente y sin distinción a dos sectores públicos (por un lado, obras, suministro y servicios y, por otro, servicios públicos), el CESE quiere subrayar la extrema importancia de las diferencias existentes entre las organizaciones que constituyen los dos sectores.

3.8 Desde hace tiempo los servicios públicos han patrocinado, utilizado, adquirido y desarrollado proyectos innovadores, como el sector militar y, en parte, los servicios sanitarios, brindándoles las cualificaciones y experiencia necesarias. Poseen, pues, una experiencia nada desdeñable a la hora de gestionar riesgos y afrontar la complejidad de la innovación.

3.9 Los poderes públicos pueden tomar ejemplo de las empresas de servicios públicos, del sector militar y de otros sectores con experiencia acerca de cómo gestionar con éxito un proyecto innovador. Especialmente, ello les permitirá comprender mejor qué recursos conviene movilizar en el conjunto de la organización para dedicarlos al proyecto en cuestión. A corto plazo puede suceder que contratar a personas que pertenecieron a los departamentos pertinentes de dichas organizaciones y se han retirado recientemente pero aún desean continuar algunos años de empleo activo proporcione una fuente valiosa de experiencia.

3.10 La innovación consiste en aplicar nuevos métodos para hacer las cosas. Puede aplicarse a obras, suministros o servicios. La investigación y el desarrollo son precursores esenciales de un proyecto innovador. Es preciso tener clara la distinción entre investigación pura y aplicada: la investigación pura se lleva a cabo, sobre todo, en universidades y centros de investigación; proporciona un apoyo teórico y práctico sobre el que puede basarse la investigación y el desarrollo. La investigación aplicada consiste en el trabajo teórico y práctico dirigido a establecer una base para el desarrollo de uno o más proyectos. El presente dictamen no se refiere a la investigación pura, salvo en la medida en que pueda definirse así la contratación precomercial en los términos mencionados en el apartado 4.

3.11 En principio no existe ninguna diferencia importante entre el sector público y el sector comercial en cuanto a la manera en que debe gestionarse un proyecto innovador. Existen, claro está, diferencias menores: el sector público está sujeto a un grado de escrutinio del que el sector comercial está en gran parte exento. En todo avance innovador hay fracasos; ese es el precio del progreso. Aunque una adecuada disciplina debe tratar de minimizar los fracasos y aprender de ellos, un excesivo miedo al fracaso impide futuros avances.

3.12 La versión de 2004 de las Directivas prevé ya contratos que implican la innovación. No es necesaria ninguna otra legislación: basta con comprender cómo gestionar un proyecto innovador en ese marco.

3.13 En todos los proyectos que implican innovación —y también en muchos otros, desde luego— el comprador necesita poseer las cualidades de cliente inteligente. Dichas cualidades se han comentado ampliamente en la guía de diez puntos, y el presente dictamen insiste en su importancia esencial.

3.14 Para resumir, el cliente inteligente necesita poseer una mentalidad abierta a las nuevas ideas, pero, a la vez, tener disciplina para gestionarlas. Necesita gente con experiencia y destreza adquiridas en la gestión de proyectos innovadores. Pero, sobre todo, la organización debe estar en consonancia, de la base hasta la cúpula, con las necesidades de los proyectos innovadores. Sin una cultura de este tipo, quienes trabajan sobre el terreno no pueden lograr el éxito.

3.15 Resulta útil dividir los proyectos innovadores en tres categorías, cada una de las cuales posee características propias, si bien hay aspectos comunes a todas. En el presente dictamen, salvo indicación contraria, se entiende por «producto» obras, suministros y servicios.

3.16 Las tres categorías de proyectos son:

- a) Aceptación de un producto innovador para responder a una necesidad reconocida, pero con escaso o ningún efecto sobre los sistemas de operar del comprador. Este producto ofrece ventajas con escasos riesgos o perturbaciones.
- b) Adopción de un producto innovador que exige al comprador adaptar su método operativo. El producto puede ofrecer ventajas considerables pero existen riesgos e impone la necesidad de desarrollar nuevos procedimientos y de formar al personal.
- c) Implicación en un proyecto innovador. La implicación del comprador puede ser mayor o menor: varía desde lo que es un verdadero proyecto conjunto, que comienza con la definición del proyecto, hasta ser un pionero (*early adopter*) que participa en los ensayos de la etapa beta ⁽¹⁶⁾, y adquiere las primeras unidades de preproducción.

3.17 La categoría más importante de manera inmediata —y la más eficaz en la promoción de la innovación— para implicar a los compradores públicos en la innovación, es la a), que, además, es la más fácil de ejecutar. Exige que el comprador esté abierto a variantes ⁽¹⁷⁾ —o soluciones alternativas— y tenga personas capaces de evaluar diversas ofertas sobre una base «lo más ventajosa posible desde el punto de vista económico».

⁽¹⁶⁾ Las pruebas alfa y beta tienen su origen en el sector de la programación informática.

- Las *pruebas alfa* son pruebas operativas simuladas o reales realizadas por un usuario potencial o por un equipo de pruebas independiente, generalmente en las instalaciones del fabricante.
- Las *pruebas beta* se realizan tras las pruebas alfa. Versiones de los programas informáticos, conocidas como *versiones beta*, se ofrecen a una audiencia limitada de usuarios fuera del equipo de programadores de modo que una nueva ronda de pruebas independientes garantice que el producto tenga pocas faltas residuales.

⁽¹⁷⁾ Directiva «Clásica» 2004/18/CE, artículo 24, «Variantes»:

- 1) Cuando el criterio de adjudicación del contrato sea el de la oferta económicamente más ventajosa, los poderes adjudicadores podrán autorizar a los licitadores a presentar variantes.
- 2) Los poderes adjudicadores indicarán en el anuncio de licitación si autorizan o no autorizan las variantes; en caso de que falte dicha mención, las variantes no estarán autorizadas.
- 3) Los poderes adjudicadores que autoricen las variantes mencionarán en el pliego de condiciones los requisitos mínimos que deberán cumplir las variantes, así como las modalidades de su presentación.
- 4) Sólo se tomarán en consideración las variantes que cumplan los requisitos mínimos exigidos. En los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro o de servicios, los poderes adjudicadores que hayan autorizado variantes no podrán rechazar una de ellas por el único motivo de que, de ser elegida, daría lugar a un contrato de servicios en vez de a un contrato público de suministro o a un contrato de suministro en vez de a un contrato público de servicios.

3.18 La categoría b) resulta valiosa para un comprador que desea mejoras en sus operaciones mediante el uso de un producto nuevo; integrar el nuevo producto en sus operaciones suele exigir una cierta labor de desarrollo. Exige capacidad para exponer lo que se necesita en términos claros que no sean demasiado restrictivos, e implica la participación de personal de los departamentos de usuarios y técnicos del comprador. Los recursos que el comprador tiene que utilizar no son desdeñables, pero si se gestiona bien el proyecto, los riesgos de integración se pueden resolver y los beneficios serán mayores que el esfuerzo implicado.

3.19 La categoría c) es la más difícil. Definir y desarrollar soluciones completamente nuevas desde cero presenta intrínsecamente un mayor riesgo tecnológico que los cambios necesarios para adaptar o para integrar en los procesos existentes b) productos nuevos en el mercado. Son pocas las organizaciones —aparte de las mencionados en el punto 3.8 (sector militar, etc.)— que poseen la capacidad y la experiencia necesarias para participar plenamente en un proyecto verdaderamente innovador de la categoría c). Los riesgos son importantes y exigen una gestión de la máxima calidad. Aunque los beneficios pueden ser también importantes —sería absurdo lanzar el proyecto si no lo fueran— las posibilidades de fracaso son muchas. El tipo de proyecto contemplado en la Comunicación pertenece a la categoría c).

3.20 La Comunicación da a entender que un comprador podría llevar a cabo un proyecto innovador contratando I+D hasta la fase de desarrollo original de los primeros productos. Para cualquier contratación subsiguiente de volúmenes comerciales de productos finales, el requisito de competir en la presentación de ofertas deberá evaluarse caso por caso de conformidad con las Directivas de contratos públicos. Normalmente las empresas fabrican aquello que diseñan, al menos hasta el momento en que la fabricación bajo licencia se convierte en una posibilidad práctica. El CESE considera que la atribución de cualquier tipo de derecho de propiedad intelectual (DPI) resultante del proyecto, y los correspondientes acuerdos de gestión, deben estudiarse cuidadosamente sobre una base práctica y comercial antes de iniciar el proyecto.

3.21 Se sabe que el procedimiento contemplado en la Comunicación se utiliza en los Estados Unidos. Aunque hay ejemplos en el sector militar en general (el contrato del avión cisterna que posiblemente se reparta entre Boeing y Airbus), el principal ámbito donde pueden encontrarse ejemplos de este tipo es el sector de la electrónica. En este sector, con excepciones tales como el endurecimiento de circuitos integrados contra el pulso electromagnético, el ámbito comercial y militar se hallan más próximos que en la mayoría de los demás.

3.22 Cuando se establecen comparaciones con los Estados Unidos deben tenerse en cuenta las diferencias estructurales existentes entre ese país y Europa. Los Estados Unidos son desde

hace tiempo un país homogéneo que ha crecido sobre la base de unos recursos físicos casi ilimitados —agricultura, oro, petróleo, población— y, salvo en la época posterior a 1929, de capitales. Eso ha conducido al desarrollo —excepto recientemente en la banca— de un mercado único que existe desde hace tiempo y de la infraestructura necesaria para hacerlo funcionar. Falta todavía mucho camino por recorrer para que Europa disfrute de las mismas ventajas. Dicho esto, y pese a las ventajas evidentes con que cuentan los Estados Unidos, hay algunos ámbitos en los no están a la altura del nivel actual de Europa, especialmente en la disponibilidad casi universal de la atención sanitaria.

3.23 Aparte de los riesgos de fracaso técnico —inherentes a cualquier proyecto verdaderamente innovador—, no deben olvidarse los riesgos financieros que pueden derivarse del incumplimiento de las normas relativas a las ayudas estatales, a la transparencia, a la no discriminación y la aplicación de las Directivas, todo lo cual se discute con más detalle en el punto 4.3 (Ayudas estatales).

4. Anexo — SEC (2007) 1668 — Comunicación «La contratación precomercial» — Documento de trabajo

4.1 Sistema propuesto (el Sistema)

4.1.1 Principio básico: cuando el comprador aplique el reparto de riesgos y beneficios a precios de mercado, los servicios de I+D pueden obtenerse en virtud de una exclusión⁽¹⁸⁾ en las Directivas⁽¹⁹⁾ y utilizarse para explorar soluciones innovadoras en cuanto a requisitos (previas a una licitación para volúmenes comerciales de productos finales), fomentando así de manera general la aparición de ideas innovadoras.

4.1.2 Condición esencial: el comprador debe familiarizarse con las actividades y capacidades de los posibles proveedores, y definir claramente sus necesidades en cuanto a los resultados, pero sin ser innecesariamente restrictivo.

4.1.3 Procedimiento: una vez establecido el requisito y determinados los posibles proveedores, se recomienda al comprador que, en los proyectos de I+D, proceda en tres etapas empezando por un número razonable (se sugieren cinco) y reduciendo progresivamente el número de proyectos a dos, que acaban en la fase de preproducción y de pruebas beta. A continuación, conviene sacar a concurso los requisitos de producción, de acuerdo con las disposiciones de las Directivas.

⁽¹⁸⁾ Guía en diez puntos. Guía sobre el tratamiento de soluciones innovadoras en la contratación pública, diez buenas prácticas, SEC(2007) 280 [en la actualidad no existe versión española].

⁽¹⁹⁾ Véase nota 2.

4.2 Comentarios

4.2.1 El Sistema se basa, en términos generales, en las prácticas seguidas en los contratos de defensa de diversos países; son bastante similares en todo el mundo y no plantean problemas de comprensión.

4.2.2 El sector de la defensa tiene la peculiaridad de que debe mirar a muy largo plazo en el futuro basándose en suposiciones políticas y tácticas que, por su propia naturaleza, no pueden enunciarse con exactitud. Se realiza gran cantidad de investigación y de desarrollo limitado —según se prevé en el Sistema— a partir de la cual sólo surgen unos pocos programas de producción. Con demasiada frecuencia, los proyectos de I+D, y también los contratos de producción, se ven sometidos a una avalancha constante de modificaciones a medida que se obtiene nueva información táctica o política a lo largo de calendarios muy prolongados; por esta razón, los sobrecostes son algo endémico. Si se gestionan adecuadamente los proyectos emprendidos por los poderes públicos civiles no deberían verse sometidos a un flujo constante de modificaciones.

4.2.3 Queda en el aire la cuestión de si el Sistema resulta apropiado para partes del sector público que poseen menos experiencia en proyectos altamente técnicos de I+D.

4.2.4 El hecho de que la exención prevista en las Directivas para contratos de servicios de I+D no destinados al uso exclusivo del comprador pueda utilizarse en un sentido anticompetitivo para hacer surgir «campeones» nacionales suscita, evidentemente, preocupación, ya que contravendría el objetivo de las Directivas, que es el de facilitar el desarrollo de un mercado único paneuropeo.

4.2.5 Partiendo del principio de que se lleven a cabo proyectos de acuerdo con el Sistema, merecen examinarse más profundamente algunos detalles.

4.3 Ayudas estatales

4.3.1 Al iniciarse toda contratación realizada de acuerdo con el Sistema se planteará, como se señala en el anexo, la cuestión de las ayudas estatales. La cuestión de determinar si existe o no un elemento de ayuda estatal en un proyecto dado y si, en caso de haberlo, está justificado excede los límites del presente dictamen. Sin embargo, las consecuencias de toda incertidumbre en un proyecto llevado a cabo en el marco del Sistema no lo exceden en absoluto.

4.3.2 La contratación precomercial se define en la Comunicación como un planteamiento de la contratación de servicios de I+D en el que compradores y proveedores comparten riesgos y beneficios, y no constituye ayuda estatal. El CESE recomienda que los compradores analicen detenidamente el anexo, en el cual se recoge un ejemplo de aplicación de contratación precomercial conforme al marco jurídico vigente. En caso de duda, al emprender los primeros proyectos piloto de contratación precomercial sería aconsejable solicitar de antemano el visto bueno de la Comisión sobre posibles ayudas estatales u otra infracción y facilitar pruebas de ello a los posibles proveedores. En cualquier caso, determinar si ha habido ayudas estatales resulta una cuestión compleja.

4.3.3 Si se han recibido ayudas estatales de forma ilegal, se puede exigir al proveedor que las devuelva, pero éste no podrá exigir compensación por parte del comprador con el que firmó el contrato de I+D. El proveedor se halla así en situación de riesgo material que, probablemente, no puede asegurarse. El hecho de que el beneficiario de una ayuda estatal cualquiera (un proveedor) tenga que devolver el dinero recibido, sin posibilidad de recurrir contra el comprador, no es, por supuesto, algo exclusivo de los contratos de I+D; cualquier contrato de compra se rige por las mismas normas. El hecho de utilizar un procedimiento de contratación validado (por ejemplo, un procedimiento derivado de las Directivas) no garantiza en absoluto que no existan ayudas estatales, dado que se puede favorecer a los proveedores de muchas maneras, directas e indirectas. El uso de la exclusión no aumenta ni disminuye necesariamente el riesgo de no conseguir comprar de una manera transparente y no discriminatoria al precio del mercado.

4.3.4 Sería sumamente deseable aumentar el nivel de experiencia de todos los departamentos de contratación pública a fin de que puedan aplicar correctamente los criterios para verificar la ausencia de ayudas estatales. Estos criterios implican comprar de una manera transparente y no discriminatoria al precio del mercado. Esta experiencia es importante en todos los países, dado que dichos criterios no son privativos de los contratos de I+D, pues son los mismos criterios que se aplican a cualquier tipo de contrato de compra, si bien los riesgos en un contrato precomercial pueden ser mayores.

4.3.5 En el anexo se resumen criterios para disipar las dudas de quienes puedan ver en los proyectos de contratación precomercial una forma de ayuda estatal. Por tanto, el CESE recomienda a la Comisión y a los Estados miembros que consideren la posibilidad de promover el intercambio de formación y de conocimiento en cuanto a la creación de proyectos de contratación precomercial de conformidad con el marco jurídico, a fin de evitar el riesgo de que los poderes públicos —y sus proveedores— puedan encontrarse más tarde con problemas en materia de ayudas estatales.

4.3.6 Aunque no se trata de una cuestión de ayudas estatales, si el recurso a la cláusula de exclusión prevista en las Directivas para determinados tipos de servicios de I+D resulta injustificado, el contrato recaería en el ámbito de aplicación de las Directivas. En virtud de la directiva sobre procedimientos de recurso, dicho contrato, que probablemente no se habría anunciado adecuadamente o estaría sujeto a un «plazo suspensivo», se consideraría «ineficaz»⁽²⁰⁾. En esas circunstancias el proveedor correría el riesgo de no obtener remuneración por el trabajo efectuado. Este riesgo, que probablemente tampoco es asegurable, no es privativo de los contratos de I+D pero se ve incrementado por el recurso a la cláusula de exclusión prevista en las Directivas para los servicios de I+D. Es preciso, pues, actuar con cautela y buscar asesoramiento.

4.4 Riesgo

4.4.1 En todo programa de I+D existen riesgos, ya que no todos los proyectos innovadores lograrán los resultados esperados. El Sistema prevé acertadamente que comprador y proveedor compartan riesgos y beneficios. Sin embargo, se añade toda una serie de consideraciones sobre ayudas estatales y principios del Tratado que, aunque tal vez sean inevitables, introducen otro nivel de complejidad en una cuestión ya de por sí compleja.

4.4.2 Como sucede en cualquier gestión del riesgo, las partes deben aceptar asumir la responsabilidad de los riesgos que estén en mejores condiciones de gestionar, y deben mantener un contacto continuo para asegurarse de que no surgen o se incrementan riesgos sin detectarlos y atenuarlos.

4.4.3 En el anexo se debaten los contratos de precio fijo en virtud de los cuales, el poder público establece un máximo e invita a los licitadores a que presenten ofertas a ese precio o por debajo de ese máximo con la intención de que el proveedor o proveedores subvencionen en mayor o menor medida el proyecto a cambio de los derechos de explotación. Este acuerdo puede resultar atractivo para aquellos proveedores que tienen ya acceso a un mercado más amplio para los frutos del desarrollo, pero introduce un elemento de complejidad en los casos en que no sean evidentes las oportunidades de explotación más amplias, pero en los que los beneficios para el comprador son sustanciales. En estos casos el comprador probablemente debería considerar una línea de conducta diferente.

4.5 Propiedad intelectual

4.5.1 El surgimiento de derechos de propiedad intelectual constituye una parte importante del Sistema. ¿Quién es el titular de los derechos y hasta qué punto afecta esto al fundamento

jurídico del proyecto y al resultado práctico en la obtención de ventajas de la I+D?

4.5.2 Esencialmente hay tres maneras de proteger la propiedad intelectual:

— patentes — es un monopolio legal;

— derechos de autor — que subsisten en toda obra original;

— secreto — ni la patente ni los derechos de autor proporcionan una protección efectiva.

4.5.3 La patente es la protección más sólida y la que permite la máxima explotación desde el punto de vista comercial cuando se trata de invenciones verdaderamente fundamentales y susceptibles de autorizarse bajo licencia a terceros. Es también la más costosa. A menos que la invención responda a estos criterios o bien el proyecto se sitúe en un sector industrial en el que se utilizan las patentes como arma competitiva, patentar es probablemente una pérdida de dinero. Defender una patente es, además, sumamente costoso.

4.5.4 Los derechos de autor no cuestan nada; simplemente existen. Sin embargo, a diferencia del titular de una patente, el titular de los derechos de autor ha de demostrar que el infractor realmente conocía la obra protegida por los derechos de autor y la copió. Reproducir de manera independiente obras protegidas por los derechos de autor cuando quien las reproduce no ha visto el original no se puede considerar copia y no puede impugnarse con éxito.

4.5.5 El secreto se utiliza ampliamente en el sector comercial para proteger una ventaja competitiva. Mantener secreta una invención cuando existe la intención de patentarla resulta vital; revelarla de manera prematura puede imposibilitar la patente. En los casos en que ni las patentes ni los derechos de autor permiten proteger eficazmente una invención comercialmente valiosa, el único recurso posible es mantenerla en secreto. La empresa Coca-Cola guarda celosamente la fórmula de la bebida que lleva ese nombre.

4.5.6 Si bien el secreto es una manera eficaz de proteger la propiedad intelectual y, en algunas circunstancias, puede ser la única disponible, encaja mal en el contexto de la transparencia.

4.5.7 Formular especificaciones de licitación para adquisiciones de seguimiento de productos comerciales finales en términos de especificaciones funcionales en lugar de formular las especificaciones preceptivas del producto puede contribuir a que se cumplan los dos requisitos: el de la transparencia con los licitadores que compiten, pero sin por ello revelar detalles sobre la aplicación técnica de soluciones concretas desarrolladas en la fase precomercial.

⁽²⁰⁾ Directiva 2007/66/CE («Procedimientos de recurso») Artículo 2 quinquies. «Ineficacia» Los Estados miembros garantizarán que un órgano de recurso independiente del poder adjudicador declare la ineficacia del contrato, o que la ineficacia del contrato dimane de una decisión de dicho órgano, en los siguientes casos: a) si el poder adjudicador ha adjudicado un contrato sin publicar previamente un anuncio de licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* siendo esta publicación obligatoria de conformidad con la Directiva (2004/18/CE);

4.5.8 Los derechos de propiedad intelectual son evidentemente muy importantes en los proyectos de I+D según lo previsto en el Sistema. Pero debe actuarse con suma cautela y cuidado a la hora de establecerlos, asignarlos y gestionarlos. No es un ámbito de actividad sencillo.

4.5.9 En la contratación precomercial los derechos de propiedad intelectual (DPI) se comparten entre compradores y proveedores: los proveedores mantienen la propiedad de los DPI, los compradores adquieren el derecho a utilizarlos sin permiso previo, así como el derecho a exigir que las compañías participantes los atribuyan mediante licencia a terceros, bajo condiciones justas y razonables de mercado. El derecho a utilizar libremente la licencia permite al comprador público utilizar los resultados de la I+D para uso interno sin tener que pagar los costes de la licencia a las compañías participantes. El derecho a exigir que las compañías participantes concedan licencias de DPI a terceros proveedores a precio de mercado permite al comprador público asegurar el acceso a una cadena de suministro suficientemente amplia y competitiva, al tiempo que permite a las compañías participantes obtener ingresos por los DPI que consiguieron durante el proyecto de contratación precomercial. En Europa puede suceder que los compradores públicos carezcan de experiencia en la evaluación del valor de mercado de los derechos de propiedad intelectual y, por consiguiente, se recomienda formación y experiencia sobre el reparto de los riesgos y beneficios por lo que respecta a los DPI.

4.5.10 Los poderes públicos deben tomar ejemplo de las mejores prácticas de compra y venta de derechos de propiedad intelectual seguidas en el sector privado, así como de las cláusulas de los típicos contratos estándar del Gobierno para compartir derechos de propiedad intelectual con proveedores en la contratación pública que se utilizan en todo el mundo.

4.6 *Cualificaciones de los proveedores y del comprador*

4.6.1 Es evidente que los posibles proveedores deben ser competentes para gestionar proyectos innovadores; un *cliente inteligente* sabe determinar con relativa facilidad su experiencia.

4.6.2 También los compradores potenciales deben ser competentes para gestionar tales proyectos. Estar al corriente de las últimas tendencias en el mercado correspondiente, preparar la especificación de los requisitos que deben cumplirse en cuanto a los resultados, negociar con los proveedores y seleccionarlos, gestionar el proyecto y sus consiguientes riesgos, todo ello exige que la organización del comprador cuente con una gran capacidad y experiencia. Si la organización —desde el nivel más bajo al más alto— no posee una cultura adecuada para la gestión de tales proyectos, corre el riesgo de cosechar un fracaso que resultará oneroso. Las características antes descritas son, naturalmente, las del *cliente inteligente*.

Bruselas, 22 de octubre de 2008.

El Presidente
del Comité Económico y Social Europeo
Mario SEPI
