

Asociación para la innovación



Por Juan Carlos Gómez Guzmán hace 310 días
Temas: Calidad e Innovación, Gestión Económica

asociación para la innovación
compra pública innovadora contratación pública
Todos

+ Compartir 5

#96

Cuando publico este *post* nos encontramos a pocos días de que se desplieguen los efectos jurídicos de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública, ante el vencimiento del plazo de transposición a nuestro Derecho positivo, el 18 de abril de 2016.

La falta de transposición, y el posible efecto directo de alguno de los preceptos de la Directiva, hará que los órganos de contratación tengan a su alcance un nuevo procedimiento de contratación: la «asociación para la innovación».

Conforme argumentan los Tribunales Administrativos de Contratación Pública (TACP), en su [documento de trabajo aprobado en reunión del 1 de marzo de 2016](#), cuando el precepto de la directiva es claro, preciso e incondicionado, como son los casos en el que se establecen para el poder adjudicador unas obligaciones detalladas, por ejemplo los relativos a los procedimientos de adjudicación de los contratos, entonces procede la aplicación del efecto directo. Y remata: “la consecuencia del efecto directo es la aplicación del precepto de la Directiva, desplazando cualquier norma nacional de sentido contrario”.

En particular, sobre este nuevo procedimiento de adjudicación –«asociación para la innovación»– que la Directiva introduce en el artículo 31, toda vez que no estaba previsto en la Directiva 2004/18/CE y tampoco se contempla en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), en el documento de trabajo de los TACP se afirma que este “precepto cumple con los requisitos para tener efecto directo” y, por lo tanto, podrá ser utilizado por los órganos de contratación como procedimiento de adjudicación.

Sin entrar en cómo prevé la regulación de la «asociación para la innovación» el anteproyecto de la futura Ley nacional de contratación pública, pues prácticamente transcribe los preceptos de la Directiva, me basaré en ésta para hacer un análisis sobre cómo debería ser la práctica de este nuevo procedimiento por los poderes adjudicadores.

El objeto de las contrataciones por este nuevo procedimiento –«asociación para la innovación»– podrá ser cualquiera (obras, servicios, suministros o suministros de fabricación y concesiones de obras y de servicios) que entre en la categoría de «compra pública innovadora», porque como señala la Directiva en el considerando nº 49: “Cuando las soluciones ya disponibles en el mercado no puedan satisfacer una necesidad en relación con el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la adquisición ulterior de los suministros y servicios u obras resultantes, los poderes adjudicadores deben tener acceso a un procedimiento de contratación específico respecto de los contratos que entren en el ámbito de aplicación de la presente Directiva”. Y dicho procedimiento específico no es otro que la «asociación para la innovación» creado «*ad hoc*» que debe permitir a los poderes adjudicadores establecer una relación contractual a largo plazo con el adjudicatario con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición –estableciendo dos fases nítidamente diferenciadas en el procedimiento, pero contiguas y sin solución de continuidad con el licitador que resulte adjudicatario– de nuevos productos, servicios u obras “innovadores”, pero siempre que estos se ajusten a un nivel acordado de prestaciones –es decir, ajustándose a las especificaciones técnicas, las necesidades que debe satisfacer, el rendimiento, etc– y de **costes**.

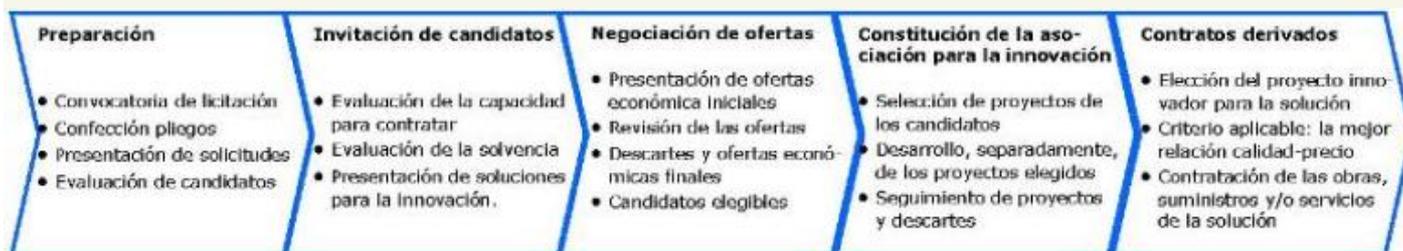
Hubiera sido deseable que, en relación a los acuerdos sobre los **costes**, la Directiva desarrollara los aspectos inherentes a la admisibilidad –asignabilidad y razonabilidad– para permitir su reembolso a los candidatos a la adjudicación –en la fase del procedimiento en la que se realiza el desarrollo de la solución que posteriormente será la elegida– y al licitador adjudicatario cuando realice la prestación derivada de la investigación y desarrollo. Sin embargo, tiene la virtud de dejar el campo abierto, sin “puertas”, para la **negociación** de todos

los aspectos del contrato que sean relevantes –como lo son los **costes**–, debiendo ser adjudicados (**no** es una opción) “únicamente basándose en la mejor relación calidad-precio, que es la más indicada para comparar las ofertas de soluciones innovadoras”.

A la vista de lo dicho, son irrelevantes otros criterios de adjudicación, como pudieran ser los medioambientales y sociales, porque en este procedimiento de adjudicación lo que prevalece es el objetivo de obtener bienes, productos y servicios con el “necesario «tirón comercial», incentivando el desarrollo de soluciones innovadoras sin cerrar el mercado”. Es más, sin mencionarlo expresamente, se diría que, con la finalidad de favorecer la competencia, se desea que todas las adquisiciones innovadoras tengan una “arquitectura” abierta, lo que facilita las actualizaciones posteriores y permite mayor competitividad para esas “*upgrades*”^[1] con su apertura a una mayor cantidad de agentes económicos.

En este procedimiento, como el los demás, la Directiva requiere del cumplimiento de los principios de publicidad, concurrencia, igualdad de trato y no discriminación en la contratación, prescribiendo la obtención del mayor nivel de competitividad en la licitación. Por ello, en las asociaciones para la innovación, cualquier operador económico, enterado por la publicidad de la convocatoria de licitación, podrá presentar su solicitud como «candidato».

Como he referido anteriormente, este nuevo procedimiento de contratación de «asociación para la innovación» consta de una etapa previa, o preliminar, de preparación –«consulta preliminar del mercado»–, que no es propia de este procedimiento sino común a todas las contrataciones, y las fases que le son propias estando bien diferenciadas.



Etapa preliminar de preparación

La primera, la preliminar, se inicia con la comunicación de la necesidad que debe satisfacer la entidad pública con esta adquisición innovadora. Tiene gran importancia porque en ella se realiza lo que se denomina como «consultas preliminares del mercado»^[2], en la que el poder adjudicador hace una concreción de su necesidad de manera precisa, para que los operadores económicos interesados puedan decidir si solicitan su candidatura al procedimiento de contratación y, en su caso más adelante, poder ofrecer la solución que proponen.

En esta fase preliminar también se realizan los pliegos del contrato. En los de prescripciones técnicas se identificarán las especificaciones del objeto de la asociación para la innovación. Y, en los de cláusulas administrativas particulares, además de las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual e industrial; la estructura y duración de la asociación; **las cláusulas de «auditoría de contrato»**; la norma de costes aplicable y los costes expresamente inadmisibles; las condiciones para el abono de las compensaciones que el órgano de contratación debe realizar –costes reclamados y determinados como admisibles por la «auditoría de contratos»–; entre otras, también se debe indicar, particularmente, cuáles son los elementos que constituyen los requisitos mínimos que deben cumplir los aspirantes a candidatos. Esta facultad está abierta y, por tanto, puede el poder adjudicador exigir el requisito de sometimiento de los candidatos y adjudicatarios a la «auditoría de contratos»^[3], con la finalidad de garantizar un precio prudente, razonable y que sea consecuente con el esfuerzo aportado y el riesgo asumido por los agentes económicos, tanto en el desarrollo de la solución innovadora como en la posterior ejecución de la obra, servicio o producto innovador que se adquiera.

Asimismo, como la asociación para la innovación tiene por finalidad desarrollar obras, productos y servicios innovadores, que luego pueden ser comprados si tienen la calidad y el rendimiento requerido y responden a los **costes máximos** acordados entre el poder adjudicador y los participantes, se hace necesario –al amparo del párrafo segundo del artículo 40 de la Directiva 2014/24/UE– que la autoridad contratante obtenga en esta fase preliminar

los servicios de asesoramiento de la «auditoría de contratos»^[4], para que ésta le proporcione los resultados de sus análisis, evaluaciones y comprobaciones sobre:

- el sistema de contabilidad de costes de los licitadores, si es adecuado y cumple con los requisitos establecidos; y
- la consistencia del sistema de control interno de estimación y preparación de ofertas.

A estos efectos, los aspirantes interesados en el procedimiento de contratación deberían cumplimentar una encuesta de «estudio prospectivo del contratista» para la verificación, por el equipo de asesoramiento de «auditoría de contratos», de sus sistemas de contabilidad de costes y del control interno de estimación y preparación de las ofertas.

Establece la Directiva que solo podrán participar en el procedimiento de contratación los operadores económicos que, tras la evaluación de la información facilitada en esta fase preliminar –como por ejemplo, una calificación aceptable de los sistemas recogidos en las encuestas y la aceptación del sometimiento a la «auditoría de contratos», junto a otros criterios que se hayan establecido en el PCAP^[5]–, sean invitados por el poder adjudicador.

Fase 1. Invitación de candidatos



Una vez comprobada la aptitud para contratar de los aspirantes, que incluye la capacidad de obrar, la acreditación de las solvencias técnica y la económica y financiera, así como no estar incursos en prohibiciones para contratar con las Administraciones Públicas, la autoridad adjudicadora puede continuar el procedimiento con aquéllos que reúnan las condiciones exigidas –que han sido comprobadas en la fase preliminar– y que hayan solicitado participar en el procedimiento de contratación.

En principio no hay limitación alguna a la invitación de candidatos, porque uno de los Principios de la contratación es el de concurrencia. Sin embargo, el número de invitaciones a participar en el procedimiento se podrá limitar a un número mínimo de tres, si realmente se dispone de ellos. En caso que no sean elegibles más que uno o dos, la asociación para la innovación se hará solo con ellos.

En ningún caso, el poder adjudicador puede invitar a contratistas que no hayan solicitado ser candidatos o aquellos que no posean las condiciones requeridas.

Por tanto, el poder adjudicador podrá decidir crear la asociación para la innovación con uno o varios socios que presentarán por separado sus proyectos y de la misma forma, separadamente, efectuarán sus actividades de investigación y desarrollo. Y sólo éstos, los invitados, son los que podrán presentar proyectos de investigación e innovación destinados a satisfacer las necesidades expuestas en el PCAP y que no pueden satisfacerse con soluciones ya existentes.

Fase 2. Negociación de ofertas

Los candidatos invitados deben presentar sus ofertas iniciales para ser negociadas con el poder adjudicador, que luego podrán ser modificadas con propuestas sucesivas a lo largo de este periodo negociador con el fin de mejorar su contenido, hasta alcanzar la oferta definitiva.

Para poder definir con nitidez su posición negociadora en cuanto al precio, debido a los riesgos e incertidumbres que acarrea una contratación de esta naturaleza, la autoridad adjudicadora necesita obtener una información pertinente acerca de los siguientes elementos:

- la idoneidad de las ofertas económicas de los candidatos invitados, si son conformes con los requerimientos del PCAP, y la adecuación de las estimaciones de precios y tarifas de las respectivas propuestas de los asociados,
- la organización y su estructura, los sistemas y procedimientos operativos y los sistemas de control interno de los contratistas invitados, que deben ser evaluados para asegurarse de su eficacia y el cumplimiento de la función de preservar los activos contra malas prácticas malgastadoras y derrochadoras,
- establecimiento de objetivos de costes máximos y fechas para cada hito, con la finalidad de evitar costes crecientes y la extensión de los plazos previstos en el PCAP, y
- el efectivo cumplimiento y adecuación del sistema de contabilidad de costes con la norma contable aprobada en el PCAP, para asegurarse de su efectiva aplicación en la estimación de los costes de la oferta.

Los principios de igualdad de trato a los licitadores y de no discriminación deben estar presentes en todo momento en esta fase. Con este fin, las revisiones anteriores deben ser realizadas por una organización independiente de «auditoría de contratos» y los juicios profesionales de sus evaluaciones emitidos con imparcialidad, para que no obtengan ventajas unos licitadores con respecto a otros. Por esta razón, sus informes serán remitidos a los interesados para que puedan manifestar sus alegaciones, que serán analizadas y, en su caso, tenidas en cuenta o, en otro caso, su desestimación razonada por inaceptables. Aquéllos cuyas ofertas no hayan sido completamente rechazadas y se hayan avenido para realizar los cambios sugeridos, podrán volver a presentar las ofertas modificadas.

La Directiva establece salvaguardias sobre la información obtenida de los licitadores en el proceso, de manera que no puede revelarse a los demás participantes los datos que hayan sido comunicados en el proceso de la negociación sin la conformidad previa de ellos.

Estas negociaciones con los candidatos pueden desarrollarse en diferentes etapas sucesivas para ir reduciendo en número de ofertas que se hayan de negociar. Luego serán elegidos los candidatos de conformidad con los criterios establecidos en los pliegos del contrato.

Fase 3. Constitución de la «asociación para la innovación»



Se establecerá un acuerdo entre el órgano de contratación y uno o varios de los candidatos invitados que hayan resultado adjudicatarios. En el caso de ser varios, cada uno de ellos, de forma separada, realizará las actividades de investigación y desarrollo, sin que puedan revelarse a los demás asociados las soluciones propuestas.

En esta fase la Directiva dispone que el poder adjudicador realizará una vigilancia estrecha sobre la “la estructura de la asociación” –compuesta por uno o más contratistas– para que se cumplan los hitos de la investigación y desarrollo y no se alargue innecesariamente la secuencia de esas actividades para obtener la solución innovadora. Asimismo, señala la necesidad de supervisar el “valor estimado de los suministros, servicios u obras” que no sean desproporcionados con respecto a la inversión necesaria para su desarrollo. Es decir, está alertando sobre el coste incurrido de las actividades de investigación y desarrollo, y puesto que

en esta fase los asociados sólo serán compensados por los costes incurridos en dichas actividades, se hace necesaria la aplicación de la «auditoría de contratos» para:

- evaluar la admisibilidad del coste incurrido reclamado por el contratista, comprobando su razonabilidad y asignabilidad al contrato,
- evaluar el sistema de facturación del contratista y la eficacia de los controles internos que tiene implementados, y
- revisar las facturaciones parciales del coste incurrido y la liquidación final de las actividades de investigación y desarrollo

Fase 4. Contratos derivados

Concluidas las fases de investigación y desarrollo, el órgano de contratación analizará los resultados de las diferentes soluciones y si éstas alcanzan los niveles de rendimiento en el límite de los costes máximos establecidos, y resolverá sobre la adquisición de las prestaciones resultantes con un precio provisional.

La elección de la solución innovadora de entre las posibles debe hacerse conforme a los criterios establecidos en los pliegos del contrato y, en todo caso, con arreglo al criterio de la **mejor relación calidad-precio**, siendo irrelevantes otros criterios del tipo medioambiental o social.

En esta fase debe negociarse con el contratista la metodología para el cálculo de su beneficio^[6], pues ya le habrán sido compensados los costes determinados admisibles para su reembolso, y que debe ser consecuente con el esfuerzo y el riesgo asumido por el contratista.

Por último, como los contratos derivados suponen la adquisición de las obras, servicios o suministros, que conllevará la realización de prestaciones sucesivas, su precio debería ser provisional hasta el límite del coste máximo establecido, haciéndose necesaria la actuación de la «auditoría de contratos» para:

- evaluar la admisibilidad del coste incurrido reclamado por el contratista, comprobando su razonabilidad y asignabilidad al contrato,
- evaluar las tasas de los costes indirectos aplicables al contrato,
- comprobar la metodología aplicable para el cálculo del beneficio, y
- revisar las facturaciones parciales y la liquidación final del precio del contrato.

¹ Véase el blog de **Lucas Pita: “Adquisiciones públicas Sector Defensa”** sobre cómo planifica el gobierno norteamericano la reforma de las adquisiciones en su Departamento de Defensa.

² Artículo 40 de la Directiva 2014/24UE, acerca de la preparación del procedimiento de adjudicación.

³ A través de la compra pública innovadora se trata de adquirir tecnologías y productos nuevos, algunos completamente ignotos, cuya obtención supone un alto riesgo económico, por contraste con las tecnologías y productos ya maduros que permiten disponer de datos históricos sobre los costes de producción, han amortizado los gastos de investigación y desarrollo y los procesos de producción han sido optimizados y ajustados sus costes por la eficiencia que procura el aprendizaje.

⁴ Dicho precepto establece que, durante las consultas preliminares del mercado, los poderes adjudicadores podrán solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos que podrán utilizarse en la planificación y el desarrollo del procedimiento de contratación, “siempre que dicho asesoramiento no tenga por efecto falsear la competencia y no dé lugar a vulneraciones de los principios de no discriminación y transparencia”.

⁵ Estos criterios son los citados en el artículo 31.6 (párrafo primero) de la Directiva 2014/24/UE: “Al seleccionar a los candidatos, los poderes adjudicadores aplicarán, en particular, criterios relativos a la capacidad de los candidatos en los ámbitos de la investigación y del desarrollo, así como de la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras”.

⁶ Véase la entrada **#49** sobre el enfoque financiero para la negociación del beneficio.