

LAS CONSULTAS PRELIMINARES AL MERCADO

Belén Lopez donaire

- La promoción de la Compra Pública Innovadora (CPI) se enmarca en la «Estrategia Europa 2020, para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», uno de cuyos objetivos básicos de es **desarrollar de una economía basada en el conocimiento y la innovación empresarial, especialmente de las pymes.**
- La «innovación» ha sido incorporada en las nuevas Directivas europeas de contratos públicos aprobadas el 26 de febrero de 2014 como una nueva política pública, al mismo nivel que la social y medioambiental, que debe promoverse a través de los instrumentos contractuales.

PRINCIPALES OBJETIVOS DIRECTIVA 2014/24/UE

- Respetar los principios fundamentales consagrados en derecho originario de la UE : igualdad de trato, transparencia y no discriminación, reconocimiento mutuo y lucha contra el fraude y la corrupción
- Incrementar la seguridad jurídica (incorporación de la jurisprudencia del TJUE) y la integridad en la contratación
- Hacer uso estratégico de la contratación pública: objetivos Europa 2020 y utilizar la contratación pública como herramienta efectiva de políticas públicas
- Incrementar la eficiencia del gasto público: COMPRA BASADA EN VALOR. Especial referencia a la innovación

- Modernizar y simplificar el sistema público de contratación
- **Facilitar la participación de las PYME**
- Fomentar la colaboración entre poderes adjudicadores
- Aumentar la flexibilidad en el uso de los procedimientos que lleva asociada la negociación
- Hacer uso de la e-contratación como medio transversal para conseguir los objetivos planteados.

DIRECTIVAS 2014: CLAVES DE CAMBIO EN TÉRMINO DE INNOVACIÓN

- Planteamiento estratégico de la contratación pública. Introducción del concepto de innovación a efectos de la contratación pública.
- Aboga por alentar a los poderes adjudicadores a que permitan variantes con mayor frecuencia
- Especificaciones técnicas hagan posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de soluciones técnicas
- Calidad-precio
- Regulación de las consultas preliminares al mercado
- Nuevo procedimiento de Asociación para la innovación
- Diálogo competitivo y mayor disponibilidad de los procedimientos con negociación
- Regulación de la contratación conjunta esporádica (art 38)
- PYME y objetivos de innovación

- La **Ley de 30/2007** aludía ya a la innovación a través de la contratación pública en varios preceptos, **que pasaron al TRLCSP, donde se conforma como un principio** que debe informar la contratación de todo el sector público, además de regular, si bien de manera parca y no muy sistemática, las dos modalidades «clásicas» de la compra pública innovadora: la «Compra Pública Precomercial» (CPP) y la «Compra Pública de Tecnología Innovadora» (CPI).
- La **regulación del TRLCSP deriva** principalmente de la **Ley 2/2011** de 4 de marzo de Economía Sostenible, que introdujo (art. 37.1) el art. 22.2 del TRLCSP, el fomento de la «compra pública precomercial» y el compromiso del Estado para reservar fondos para fomentar «la contratación pública de actividades innovadoras» (art. 38); la **Ley 14/2011**, de 1 de junio, de la Ciencia, la tecnología y la innovación, art.44.3

Diferentes preceptos del TRLCSP y de LCSP permiten promover a la incorporación de innovaciones tecnológicas en los contratos:

- Posibilidad de definir las **exigencias técnicas del objeto de contratos con referencia a «rendimientos o de exigencias funcionales»** (art. 117.3.b y c; arts. 126.5.a y c LCSP), sin cerrar por lo tanto el objeto del contrato a una solución exclusiva.
- Referencias a los **«medios de investigación» de que dispongan las empresas como criterios de solvencia** (arts. 77.1.c y d, y 78.c y d, del TRLCSP ; arts. 89.1.c y d, y 90.1.c y d, del LCSP).
- Utilización de **varios criterios para la valoración de las ofertas en los contratos «que requieran el empleo de tecnología especialmente compleja»**

- **Posibilidad de modificar los contratos para incorporar innovaciones tecnológicas** (arts. 107.1.d) y 136.i). Esta previsión no se recoge expresamente en la LCSP, aunque entendemos que es posible realizar una modificación contractual para incorporar innovaciones tecnológicas, bien como modificación prevista si fuera posible precizarla con los requisitos que establece el art. 203 LCSP (106 TLCSP), o bien sin estar prevista, si la modificación no es sustancial (203.2.c), o es posible encajarla como trabajos adicionales (203.2.a) o circunstancias sobrevenidas e imprevisibles (203.c LCSP).
- **Recurso al procedimiento de diálogo competitivo para poder precisar en los pliegos las soluciones susceptibles de satisfacer las necesidades que precisa cubrir el órgano de contratación** (art. 179 TRLCSP; arts. 172 a 176 de LCSP).

- **Cláusula de progreso» para mantener la obra pública concesionada en cada momento según el progreso de la ciencia**
- **La LCSP contempla más previsiones específicas para favorecer la compra pública de innovación en general, si bien no regula la «compra conjunta esporádica» de la Directiva 2014/2024:**
- **Procedimiento negociado en contratos de innovación:** el art. 167.b) del PLCSP permite el recurso al procedimiento de licitación con negociación (negociado con publicidad) «cuando la prestación objeto del contrato incluya un proyecto o soluciones innovadoras»; el art. 168.b.1.º prevé la utilización del procedimiento negociado sin publicidad en los contratos de suministro «cuando los productos se fabriquen exclusivamente para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo;

- **Consultas preliminares al mercado** (art. 115 LCSP). Estudios de mercado y consultas directas a operadores económicos para preparar una licitación.
- **Asociación para la innovación** (arts. 177 a 182 PLCSP).

LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN

El procedimiento de adjudicación de **"asociación para la innovación"** (*innovation partnership*) previsto en el art. 31 de la Directiva 2014/24/UE **permite integrar en el marco de un mismo contrato, tanto las actividades (servicios) de investigación y desarrollo como la compra ulterior de los productos que sean resultado de esas actividades.**

Es un **"procedimiento específico"**, sometido parcialmente a las reglas del procedimiento con negociación, pero con las especificidades necesarias a fin de concluir un acuerdo de colaboración con resultado de innovación.

Que el procedimiento alcance tanto a la investigación, al desarrollo de las soluciones tecnológicas necesarias y a la consecución de los trabajos, bienes o servicios finales (fase comercial) significa que es un **procedimiento complejo** y **tendencialmente de larga duración** ("a largo plazo") y de **ciclo completo**: se inicia con la búsqueda de una tecnología para la producción de nuevos bienes o servicios y finaliza cuando éstos se hallan plenamente operativos y a satisfacción del órgano de contratación.

Las empresas y entidades participan de licitación con con el fin de establecer una asociación estable, coordinada y estructurada para el desarrollo de nuevos productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y los costes acordados. La asociación debe estructurarse en etapas sucesivas siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación, culminando en la mencionada fabricación de los suministros o la prestación de los servicios. Se fijan los objetivos intermedios que debe alcanzar el socio y el correspondiente pago de la retribución en plazos.

PREMISAS DE LAS QUE DEBEMOS PARTIR CPI

- Se requiere en todo caso **un modelo de gobernanza estratégica** (dirección, gestión , control y gestión del cambio)
- En general , **las bases para el diseño estratégico de la CPI tienen una alta vinculación al conocimiento del mercado** (planificación, participación de los agentes implicados, dirección de proyecto, indicadores clave KPIs, metodología de seguimiento y de evaluación).

- **Informe España 2017 de la Comisión Europea. Reflexiones sobre la debilidad de la contratación pública en España**
- El informe advierte que España carece de una política de Contratación Pública a nivel nacional que garantice la competencia y la transparencia. La principal crítica es que no hay un organismo a nivel nacional que se encargue de asegurar la eficiencia y el cumplimiento de la legalidad vigente de una manera uniforme en todo el país.
- *Artículo 332 LCSP Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación “con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades, en relación con la contratación pública”*

Hecho a destacar:

En fecha 28 de junio de 2016 el Gobierno de la Generalitat Cataluñaha aprobado el **Plan Nacional de compra pública de innovación de Cataluña**, en el que se prevén los tres ejes de acciones de impulso de la compra pública de innovación siguientes:

- Articular el acceso de los proyectos de CPI a los fondos FEDER, cuando proceda, con el acompañamiento y el asesoramiento jurídico contractual que resulte adecuado;
- Establecer que los departamentos de la Generalitat y su sector público tengan que diseñar un porcentaje de sus contrataciones de forma que sean permeables a la innovación -durante el año 2017 el porcentaje mínimo será equivalente al 0,5 por ciento de el importe de las contrataciones del año anterior y en las anualidades del 1 por ciento, revisable por Acuerdo del Gobierno;

- Implementar un **Plan de formación integral** y para la especialización de los compradores públicos y gestores de la contratación de la Administración de la Generalidad y de su sector público en materia de diseño, regulación, gestión y ejecución de proyectos de compra pública de innovación en todas sus modalidades
- Adicionalmente, también establece que **toda la contratación vinculada al Plan debe contener y respetar las cláusulas de contratación socialmente responsable** (cláusulas sociales y de igualdad y ambientales) que resulten adecuados, de acuerdo con la normativa en materia de contratación pública.
- Por otra parte, ha acordado la creación de la **Comisión de seguimiento e impulso del Plan Nacional de Compra Pública de Innovación**, adscrita al Departamento competente en materia de Economía

OBJETIVOS

- El principal objetivo es contribuir desde el sector público y mediante la compra pública de innovación, a dar respuesta a los grandes retos socioeconómicos del país, especialmente en los ámbitos de las necesidades sociales, sanitarias y ambientales

Objetivos referidos al sector público	Objetivos referidos al sector empresarial/economía productiva
Mejorar los servicios públicos y hacerlos más eficientes mediante la adopción de soluciones innovadoras sin incremento del gasto presupuestado (incremento del valor obtenido para la compra)	Impulsar la I+D, especialmente de la PYMES mediante la demanda pública
Racionalizar el gasto público mediante una planificación estratégica de la compra pública	Impulsar la internacionalización de soluciones innovadoras utilizando el mercado público catalán como cliente de lanzamiento

CONSULTAS PRELIMINARES

- ART 40 y 41 Directiva 2014/24
- LCSP Libro II
- Título I. Disposiciones generales
- Capítulo I. De las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones públicas
 - Sección 1ª: De la preparación de los contratos de las Administraciones públicas. Artículos 115 a 130
- La decisión y gestión de adquisiciones en el seno de las organizaciones públicas y privadas se articula en tres procesos sucesivos encaminados:
 - A planificar las compras de bienes y servicios,
 - Analizando su necesidad; el segundo, a planificar la contratación
 - A seleccionar los proveedores y a adjudicar y ejecutar el contrato

Antecedentes

- El considerando 8 de la ya derogada Directiva 2004/18/CE hacía referencia a esta posibilidad destacando que **«antes del lanzamiento de un procedimiento de adjudicación de un contrato, los poderes adjudicadores pueden mediante un diálogo técnico solicitar o aceptar asesoramiento que se podrá utilizar para determinar el pliego de condiciones, siempre que dicho asesoramiento no tenga como efecto impedir la competencia»**.
- El TRLCSP no impide la realización de estas consultas siempre que se respetasen los principios de igualdad de trato y no discriminación, el principio de transparencia y que tal actuación no tuviera por efecto falsear o restringir la competencia. Así se desprende del artículo 56.1 del TRLCSP.

- *Art 56 TRLCSP “no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras”,*

Fase preparatoria del contrato

- **Finalidades**

- Obtener información sobre la capacidad del mercado
- Obtener información sobre el estado de la ciencia o la tecnología
- Informar a los operadores económicos sobre los proyectos y requisitos de las futuras contrataciones
- Puede ser un instrumento efectivo para la preparación de los procedimientos de licitación cuando el poder adjudicador carece de esa experiencia o de los conocimientos específicos en la materia objeto del contrato.

- Este **conocimiento previo de las intenciones de un poder adjudicador** de celebrar un contrato, permite **las empresas prepararse con tiempo** para concurrir a la licitación
- Complementado con la publicación de la relación de contratos que plantea tramitar cada poder adjudicador a lo largo del año

Notas características esenciales de las consultas preliminares del mercado

- Son potestativas para los órganos de contratación
- De tener lugar, son previas al inicio de un procedimiento de contratación; constituyen una fase preparatoria (no competitiva) de un eventual procedimiento contractual
- El asesoramiento a los poderes adjudicadores puede provenir de distintas instancias: expertos, autoridades independientes, operadores del mercado, etc.;
- La información obtenida se utilizará para planificar el procedimiento de contratación;
- No existe un procedimiento específico

Diálogo técnico

- Identificación previa de las necesidades a satisfacer
- Procedimiento no regulado: gran discrecionalidad
- Respeto principios: no falsear competencia; no discriminación y transparencia (pero confidencialidad)
- Orientado a la definición de las especificaciones técnicas en términos de exigencias funcionales o de rendimiento
- La participación no otorga derechos exclusivos

- Método adecuado para **favorecer la eficiencia económica.**
- Constituyen, por otra parte, un **instrumento adecuado para satisfacer las necesidades perseguidas con los contratos** y la idoneidad de sus objetos y contenidos deben determinarse con exactitud, **velándose en todo caso por la eficiencia, valorando la innovación y la incorporación de la alta tecnología** y promoviendo la participación de las empresas.

- **Las consultas preliminares deben dirigirse a una pluralidad de sujetos** –no es admisible el requerimiento a uno único- y que se puede articular, bien mediante su difusión o publicación general
- A la hora de practicarse, **la Administración debe proporcionar los mismos datos** sobre las necesidades que hay que satisfacer a todos los invitados a participar. Deben ser también iguales para todos los requeridos, asegurando su igualdad de trato.
- Pueden estar referidas a **todos o sólo a algunos de los aspectos del contrato.**

- **El Consejo de Estado** al emitir Dictamen señaló:
- Las **consultas preliminares no pueden comportar la generación de incentivos o ventajas para las empresas participantes a la hora de adjudicarse los contratos.** En otros términos, no pueden reconocerse como criterio preferente de adjudicación o como valor ponderable favorable a la misma el hecho de haber participado en el proceso de requerimiento de información.
- **Tampoco cabe que, del proceso de consultas preliminares, resulte un objeto contractual tan concreto y delimitado que solo se ajuste a las características técnicas de uno de los requeridos,** de tal suerte que, *de facto*, queden excluidos otros eventuales oferentes. El resultado del requerimiento de información debe concretarse en la introducción de características genéricas, exigencias generales o fórmulas abstractas que aseguren una mejor satisfacción de los intereses públicos.

- Lo que dice el **artículo 40 Directiva...** los poderes adjudicadores podrán realizar consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación.
- Lo que dice el **artículo 115 LCSP...** los órganos de contratación podrán valerse del asesoramiento de terceros, que podrán ser expertos o autoridades independientes, colegios profesionales, o, incluso, **con carácter excepcional** operadores económicos activos en el mercado. Este carácter excepcional no figura en el art. 40 de la Directiva 2014/24/UE. Sin embargo, si se lee esta excepción junto con el art. 70 se pone de relieve la posibilidad de realizar estas consultas a las empresas, como no puede ser de otro modo.

- **“A dichas actuaciones se les dará en la medida de lo posible, difusión en internet a efectos, de que pudieran tener acceso y posibilidad de realizar aportaciones todos los posibles interesados...”**



METODOLOGÍA PARA REALIZAR LAS CONSULTAS

- La Guía europea para autoridades públicas sobre la contratación pública innovadora destaca determinados pasos que se deben seguir :
- 1.- DECIDIR EL ALCANCE DE LA CONSULTA:
- Antes de iniciar la consulta al mercado es necesario realizar una identificación de las necesidades y de las posibles innovaciones que podrían satisfacerlas.
- El alcance de la consulta dependerá de su objeto y podrá requerir una mayor información especializada si se trata de definir las especificaciones de un contrato.
- Analizar el mercado para determinar a qué niveles debe uno dirigirse (fabricantes, desarrolladores de sistemas, investigadores, tercer sector, etc...)

- 2.- ELECCIÓN DEL FORMATO Y PLANIFICACIÓN
- Determinar la mejor manera de implicar a los proveedores / interesados identificados . Existen diferentes **formatos**: realización de un cuestionario o encuesta, comunicaciones escritas, reuniones cara a cara, jornadas de puertas abiertas o congresos con demostraciones de proveedores, etc.
- Es necesaria una buena **planificación de plazos y de recursos**
- **Preparar los documentos** que se distribuirán como parte de la consulta, por ejemplo, un prospecto o documento informativo, un resumen de los retos tecnológicos, reglas básicas de actuación en el desarrollo de la consulta, etc.

- 3.- CONSULTA Y CAPTURA DE INFORMACIÓN.
- Publicar un anuncio previo indicativo (Prior information Notice), dar a conocer la consulta en sitios web relacionados con el sector, notificar a los proveedores directamente siempre que sea posible.
- Mantener un registro de todos los contactos y estar preparado para dar seguimiento a los registrados.
- Preparar un resumen de las conclusiones y de los participantes. Ser prudente con la confidencialidad de alguna información proporcionada por los participantes.

- Antes de poner en marcha un proceso de contratación, se deberán tomar medidas para evitar cualquier distorsión de la competencia resultante de las empresas que participaron en la consulta preliminar de mercado. Por ejemplo, **la misma información debe ser compartida con otros operadores y establecer plazos adecuados en las futuras contrataciones para la preparación de las ofertas. La exclusión de los que participan en la consulta sólo se puede hacer si no hay otros medios para garantizar la igualdad de trato, y los operadores deberán disponer de la oportunidad de refutar esto.**



Son elemento de referencia para dar por correcta una Consulta Preliminar del Mercado los siguientes

- 1. La **publicidad** debe realizarse de la forma más amplia posible con publicidad en los Boletines Oficiales correspondientes y en perfil de contratante.
- 2. Se aconseja diseñar un **espacio web institucional** donde se facilite toda la documentación
- 3. En la página web se deberá publicar íntegramente el **acuerdo del órgano proponente por razón de la materia**, por el que se aprueba la convocatoria de la consulta preliminar del mercado.
- 4. Se incluirá la **memoria descriptiva** de necesidades a cubrir

- 5. Se debe indicar la **persona u órgano a quien solicitar consultas o aclaraciones.**
- 6. Se debe dar información sobre el **posible valor estimado de la contratación pública.**
- 7. El **plazo de finalización de la consulta preliminar** debe estar claramente reflejado en la primera información y, en su caso, la posibilidad de terminarla con anterioridad.
- 8. Deben incluirse las Cláusulas que regulan la Consulta Preliminar del Mercado que, en especial, deberán hacer referencia a:

a) memoria descriptiva de las necesidades a satisfacer y alcance de la consulta, b) previsión temporal de licitación pública posterior, c) equipo técnico multidisciplinar, d) procedimiento de consulta. formulario electrónico, e) procedimiento consulta. desarrollo, f) contenido a facilitar por los participantes, g) reglas de confidencialidad, h) delimitación de secretos comerciales, i) consentimiento para difusión de la información, j) protección de datos de carácter personal, k) información de patentes y otros derechos de propiedad industrial o intelectual y l) cierre. informe final.

LIMITES EN LA CONSULTA PRELIMINAR DEL MERCADO



- “Las consultas a operadores presentes en el mercado presentan problemas desde la óptica de la competencia”



- Se recomienda por tanto la introducción de una serie de medidas correctoras:
- (i) que no se produzcan reuniones físicas bilaterales ni multilaterales con todos los posibles operadores interesados dado el riesgo de favorecer la colusión entre los mismos;
- (ii) suprimir la posibilidad de consultas a operadores concretos y limitarlas únicamente a expertos o autoridades independientes;
- (iii) prohibir expresamente la posibilidad de consulta a organizaciones y asociaciones empresariales;

- (iv) la introducción de un trámite de consulta pública en el que se instrumenten estas consultas preliminares, similar al que existe en los proyectos normativos; y
- (v) la máxima difusión de las actuaciones en la web para que tengan acceso y posibilidad de realizar aportaciones todos los posibles interesados

EJEMPLOS DE CONSULTAS PRELIMINARES

- Ministerio de Fomento “consulta preliminar del mercado. sistemas antiniebla a-8 en Lugo” ;
- Ministerio de Defensa: “Consulta preliminar del mercado sobre aspectos relacionados con la contratación del suministro de combustibles líquidos en instalaciones del Ministerio de Defensa”.
- Ayuntamiento de Madrid. Resolución de 24 de enero de 2017 del Director General de Transparencia y Atención a la Ciudadanía por la que se publica el anuncio de la convocatoria de la consulta preliminar del mercado en relación a diversas cuestiones relativas a la prestación del servicio de apoyo a la gestión de las atención personalizada a través de los canales de atención a la ciudadanía de Línea Madrid.

- Navarra: “consulta preliminar de mercado para la búsqueda de soluciones dirigidas a la gestión y explotación del Pabellón Multiusos Navarra Arena”;
- Valencia: “Consulta preliminar de mercado para la presentación y selección de contenidos de animación para la próxima televisión autonómica de la Comunitat Valenciana”
- Ministerio de Economía y Competitividad: “Consulta Pública al Mercado Secretaria Técnica Red I+D+i” ;
- Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial: Consulta Preliminar del Mercado para la búsqueda de soluciones innovadoras relacionadas con el diseño y equipamiento para la Dotación de Tecnologías, Instrumentación y Servicios Innovadores en el Centro de Investigación Aeroportada de Rozas (CIAR). Provincia de Lugo”;

- Ministerio de Defensa: “Consulta preliminar del mercado en relación al futuro expediente para los servicios de operador logístico del Ministerio de Defensa”

MUCHAS GRACIAS

mblopezd@jccm.es