

## LA CONTRATACIÓN PRECOMERCIAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. EL REPARTO DE RIESGOS Y BENEFICIOS Y LA CUESTIÓN DE LAS AYUDAS DE ESTADO\*

*Pre-Commercial Procurement In Eu Law. Risk & Benefit Sharing And The Issue Of State Aid*

ANTONIO LÓPEZ MIÑO

Letrado De La Xunta De Galicia. Director De Investigación Del Consello Galego Da Competencia (España)

antominho@hotmail.com

**RESUMEN:** El modelo comunitario de contratación pública considera a la Administración pública contratante como cliente de producto final. El procedimiento de contratación tiene por objeto la obtención de un bien o servicio perfectamente definidos, bajo estándares tecnológicos generalizados. La contratación pre-comercial busca la contratación de soluciones técnicas u organizativas innovadoras, no existentes o embrionarias, introduciendo a la Administración en los sectores más avanzados del I+D. Para que la contratación pre-comercial sea exitosa, la Administración deberá renunciar a recibir en exclusiva el provecho del negocio jurídico, y repartir riesgos y beneficios con el adjudicatario. La titularidad de los derechos de propiedad intelectual e industrial corresponderá a éste. Por último, este modelo contractual no debe incurrir en la concesión fraudulenta de ayudas de Estado al adjudicatario, por la vía de abonarle importes superiores al valor real de los bienes o servicios contratados.

**PALABRAS CLAVE:** contratación pre-comercial, reparto de riesgos y beneficios, I+D, propiedad intelectual e industrial, ayudas de Estado.

**ABSTRACT:** The EU public procurement model considers public bodies as final costumers. Public procurement procedures aim at obtaining existent goods and services, under overall technological standards. On the contrary, pre-commercial procurement is being developed to purchase innovative managerial or technical solutions, yet

---

\*  
Recibido para publicación: 26 de abril de 2012.  
Enviado para evaluación externa: 27 de abril de 2012.  
Recibida evaluación externa positiva: 16 de mayo de 2012.  
Aceptado para publicación: 18 de junio de 2012.

nonexistent or at a very early stage, so involving the organisation in the most advanced R&D sectors. For pre-commercial procurement to become successful the Administration must forsake to receive the total profits of the contract and share risks and benefits with the supplier, who will be awarded with the IPR ownership. Finally, pre-commercial procurement must not fall into illegal granting of State aid to suppliers, by paying them far than the real value of the goods or services purchased.

**KEY WORDS:** pre-commercial procurement, risk & benefit sharing, R&D, IPR, State Aid.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.- II. LA CONTRATACIÓN PRECOMERCIAL EN EUROPA.- III. REPARTO DE RIESGOS Y BENEFICIOS.- 1. POR QUÉ EL ENTE PÚBLICO CONTRATANTE NO DEBE QUEDARSE CON TODO.- 2. REPARTO DE RIESGOS.- 3. REPARTO DE BENEFICIOS.- IV. LA CUESTIÓN DE LAS AYUDAS DE ESTADO.- 1. ¿AYUDAS INCOMPATIBLES CON EL ARTÍCULO 107 TFUE PERO COMPATIBLES CON LA NORMATIVA COMUNITARIA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA?.- 2. PECULIARIDADES DE LA CONTRATACIÓN PRECOMERCIAL.- V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

Tanto el Derecho comunitario como las legislaciones nacionales en materia de contratación pública han configurado a los entes públicos como clientes pasivos y clientes de producto final.

Afirmar de principio la pasividad de los órganos de contratación podría fácilmente ser considerado como una aberración a la luz de los privilegios que las legislaciones europeas les otorgan. Centrándonos en aquellas de base francesa (Francia, España, Italia, etc...) una enumeración no exhaustiva nos lleva a citar la decisión unilateral de contratar, la fijación de las condiciones administrativas, técnicas y económicas, el procedimiento administrativo de adjudicación, el control de la ejecución del contrato, el sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa y un racimo de prerrogativas tradicionalmente denominadas “privilegios” (principalmente la interpretación y modificación unilaterales).

Para aquéllos que trabajen habitualmente en el ámbito de la contratación pública no es, sin embargo, extraño reducir el alcance de tales privilegios al tenor literal de las leyes. La Administración pública suele ser un cliente muy dócil para las empresas con cierto grado de experiencia en procedimientos de contratación. Una vez producida la adjudicación, la primacía que debe presumirse al monopolista de oferta corresponde en

realidad al adjudicatario en cuanto monopolista de demanda. La complejidad de los aparatos burocráticos, su abulia o ausencia de planificación a largo plazo y, particularmente, la dirección por personal político, unidas a la rigidez del procedimiento, facilitan las estrategias de control por la empresa contratista. Es la denominada “captura del órgano de contratación”, dotada de dos vértices últimos de presión: primero; durante la ejecución del contrato, la amenaza de abandono de la obra, suministro o servicio si no se atiende a sus peticiones; segundo, una vez finalizado, la necesaria adjudicación de contratos ulteriores a la misma empresa que situó una tecnología de *hardware* o *software* no interoperable por cualquier otro adjudicatario de manera inmediata.

De lo que caben pocas dudas es de que los contratos celebrados por el sector público lo son de producto final. Las Administraciones buscan la adquisición de bienes o servicios acabados y operativos; es decir, consecuciones de técnicas de construcción, suministro o prestación predefinidos y de funcionamiento garantizado. Los intereses generales en juego y las constricciones en el manejo de fondos públicos provocan que los contratos públicos no permitan hacer probaturas. El principio es que se contrata para satisfacer inmediatamente una necesidad pública.

Sin embargo, este criterio funcionalista, inserto con grilletos en la mentalidad burocrática europea, no es ni mucho menos de vigencia universal. Y no lo es porque obvia elemento decisivo en la sociedad moderna: la constante innovación. En el sector privado, muchos nichos de mercado están sometidos a una constante de experimentación en nuevos procesos y formas de creación de bienes o de prestación de servicios. Así ocurre especialmente en mercados poco maduros con un componente tecnológico ínsito (telecomunicaciones, energía, farmacia, etc) o relativos a servicios ‘no globalizables’, en el sentido de que deben prestarse en *on the spot* (Sanidad, seguridad, medio ambiente). En tales casos, las empresas innovan de forma continua, ya sea por presiones competitivas reales, ya por acrecentar su dominio sobre un mercado. En ambos casos, sus políticas no pueden fundarse (sólo) en la reducción de costes laborales sino en incrementos geométricos de productividad y en reducciones de los costos operativos a través de aportaciones tecnológicas continuas que aumenten su competitividad respecto a otras empresas *de todo el mundo*.

Dichas premisas son más propias del mundo anglosajón. Es por ello que la superación de la presunción del ente público como cliente de producto final tiene su origen en los Estados Unidos. Creaciones absolutamente decisivas en términos de beneficio empresarial como son Internet y el descubrimiento del genoma humano tienen su origen en procesos contractuales públicos definidos por la colaboración entre Administración y empresas para crear o encontrar algo inexistente o ignorado. Japón, Canadá o Australia son otros ejemplos de contratación de productos futuros.

Marcado el contexto, en el presente estudio trataremos de señalar algunos principios, criterios y componentes de contratación pública innovadora. Lo más difícil, pero también lo más bello, es que en Europa todo está por hacer.

## II. LA CONTRATACIÓN PRECOMERCIAL EN EUROPA

En los inicios de la contratación pre-comercial en la Unión Europea han influido decisivamente dos circunstancias: la influencia de modelos internacionales y la ausencia de textos normativos.

Tal como arriba señalamos, la contratación pre-comercial no es una creación europea. Muy al contrario, puede decirse que Europa llega tarde, presionada por el éxito del modelo y el efecto de la globalización en tareas novedosas encomendadas a las Administraciones públicas. Esta idea se repite nerviosamente en diferentes documentos comunitarios:

*“Las necesidades públicas han sido siempre un importante motor de innovación en muchos sectores tales como telecomunicaciones, energía, salud, transporte, seguridad y defensa. En un entorno competitivo globalizado, el papel del sector público en el beneficiario e impulsor de innovaciones hacia adelante tiene que ser revisada. Esto se ha hecho en gran medida en los principales socios comerciales de la UE, tales como los EE.UU. y Japón - donde se utiliza la contratación de I + D para hacer frente a las necesidades del público para las que no existe una solución en el mercado como un mecanismo importante para estimular la innovación.*

*Entre los ejemplos de cambio de vida de soluciones innovadoras que surgieron de I + D están la tecnología del protocolo de Internet, el Sistema de Posicionamiento Global, la computación de alto rendimiento e innovaciones clave en la tecnología de semiconductores”.*<sup>1</sup>

Ahora bien, del mismo modo que comenzó tarde, su avance fue significativamente rápido, hasta el punto que pronto las diferencias en el gasto hecho en contratación pública en I+D entre Estados Unidos y Europa es fundamentalmente debida a las disparidades en los presupuestos de defensa el sector espacial<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> COMISION EUROPEA, Sociedad de la Información y Medios, *Communication on Pre-commercial procurement: Driving innovation to ensure high quality public services in Europe*, Bruselas, 14.12.2007, SEC (2007) 1668, págs. 4-5, [http://ec.europa.eu/invest-in-research/pdf/download\\_en/com\\_2007\\_799.pdf](http://ec.europa.eu/invest-in-research/pdf/download_en/com_2007_799.pdf). Consultado por última vez el 10 de marzo de 2012.

<sup>2</sup> *Op.cit.*, pág. 5.

La inexistencia de normativa comunitaria sobre la contratación pre-comercial no debería extrañar atendiendo al sistema de fuentes del Derecho europeo. La contratación pública no se considera estrictamente una materia comunitaria de primer grado, susceptible de ser normada de modo uniforme a través de un reglamento comunitario. Se trata, sin embargo, de un sector necesitado de armonización, vía directiva. Ahora bien, dada la importancia de todo tipo que la contratación pública tiene para los Estados, la inclusión en las Directivas de contratos de la contratación pre-comercial precisa una labor didáctica muy paciente en el seno de la Comisión, traducida en documentos de expertos independientes, comunicaciones de la Comisión, etc<sup>3</sup>.

En su *Comunicación sobre Contratación Pre-comercial*, la Comisión ha definido a esta figura como la “*contratación de servicios de I+D que implica el reparto de riesgos y beneficios en condiciones de mercado y en la cual un número de empresas desarrollan en competencia nuevas soluciones para necesidades del sector público a medio y largo plazo. Tales necesidades son tan absolutamente exigentes y avanzadas respecto a lo que el mercado puede ofrecer que no existe ninguna solución comercialmente viable o las soluciones existentes presentan deficiencias que requieren nuevo I+D.*”<sup>4</sup>.

Sus principales características definitorias son las siguientes:

1. **Ámbito objetivo.** 1) Limitada a la contratación de servicios. Quedan así excluidos los restantes tipos de contratación pública. 2) Limitada a la contratación de servicios I+D. Quedan fuera los mercados de servicios convencionales o maduros, incluso aunque tengan un fuerte componente tecnológico.
2. **Ámbito operativo.** 1) Limitada a la contratación de soluciones innovadoras, no de productos acabados y comercializables. 2) La contratación pre-comercial abarca todas las fases de creación de un bien o servicio previas a su comercialización, por cuanto ésta es el objeto de los procedimientos de contratación pública regidos por las Directivas (‘contratación comercial’). Incluye, pues, las fases de ‘diseño de la solución’, ‘diseño de prototipos’, ‘creación de un número limitado de productos o servicios para ser probados’.
3. **Aplicación del principio de reparto de riesgos y beneficios entre el comprador público y los operadores privados.**

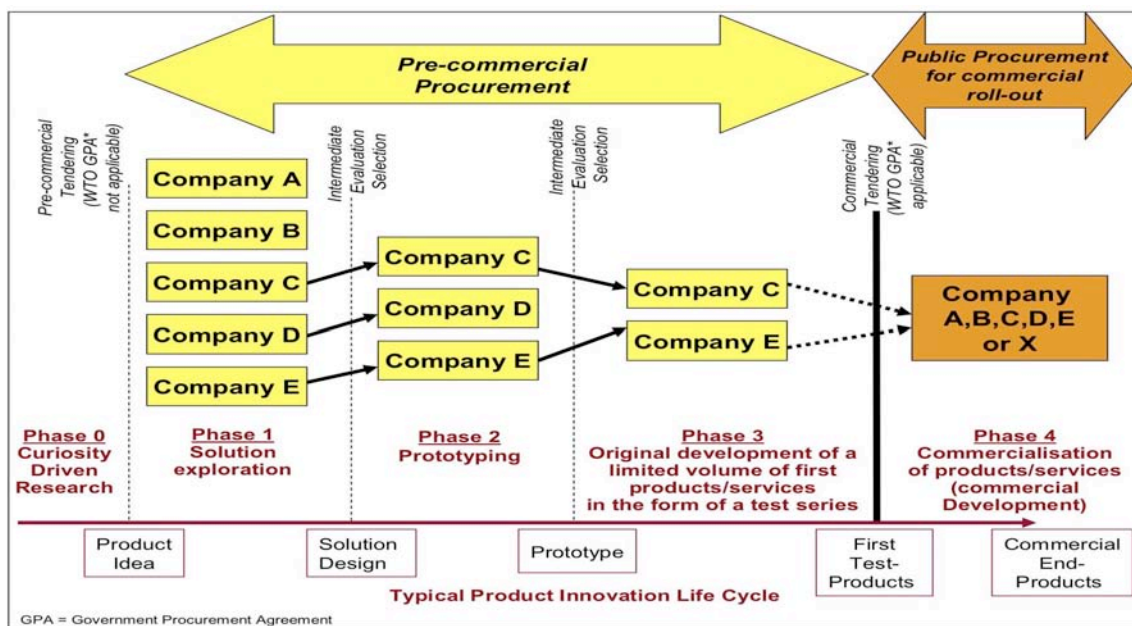
---

<sup>3</sup> Todo el acervo de la Comisión se encuentra agrupado bajo el nombre de “Contratación pública pre-comercial” en [http://ec.europa.eu/information\\_society/tl/research/priv\\_invest/pcp/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/information_society/tl/research/priv_invest/pcp/index_es.htm). La contratación pre-comercial juega un papel preeminente en la “asociación para la innovación” (*innovation partnership*), figura prevista en el artículo 29 de la Propuesta de Directiva sobre Contratación Pública de 2012.

<sup>4</sup> COMISIÓN EUROPEA, Documento de trabajo de la anexo a la Comunicación de 14.12.2007, pág. 1.

4. Procedimiento competitivo entre los participantes con selección en cada una de las fases.
5. Las soluciones técnicas adoptadas en el procedimiento pre-comercial servirán de base para el procedimiento contractual posterior, al cual podrán concurrir los participantes en aquél, pero también cualquier otro empresario que reúna los requisitos de capacidad y solvencia exigidos y presente una oferta admisible.
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 siguiente gráfico muestra el funcionamiento de un procedimiento pre-comercial tipo (Fuente: Comunicación de 14.12.2007):



### III. REPARTO DE RIESGOS Y BENEFICIOS

#### 1. POR QUÉ EL ENTE PÚBLICO CONTRATANTE NO DEBE QUEDARSE CON TODO

Si superar la represión ante la asunción de riesgos es el instrumento psicoanalítico para que las Administraciones públicas acepten la contratación pre-comercial, su operatividad exige obligarles a adoptar una ‘dieta sana’.

La prohibición de ‘engullir todo’ parece ir contra la esencia de la contratación pública. Tradicionalmente concebida como sinalagmática, la relación *do ut des* entre el órgano de contratación y el adjudicatario parte de identificar perfectamente objeto y precio del contrato y de asignar el primero a la Administración contratante y el segundo al contratista. Cualquier perturbación en dicho esquema – la no realización de la prestación a satisfacción de aquélla en el plazo establecido o el impago del precio al segundo- supone el incumplimiento del contrato. Es cierto que dicho esquema dista de ser absoluto. En el ámbito de la prestación de los servicios públicos, la compartición se halla presente en la vieja figura de la sociedad de economía mixta. Y en las últimas décadas factores político-económicos la han extendido a través de los expedientes de colaboración público-privada contractual e institucional.

La peculiaridad de la contratación pre-comercial en el ámbito de las I+D se halla en establecer el principio de reparto de riesgos y beneficios respecto a tecnologías, bienes o servicios cuya existencia y/o valor económico están todavía por definir, dado que o bien son meras ideas o bien falta todo su desarrollo comercial. Y, no lo olvidemos, el objeto contractual estará normalmente protegido por derechos de propiedad intelectual o industrial cuyo valor económico puede exceder al de aquél.

En los negocios *inter privatos* no rige el principio de que el fundamento de una transacción se encuentre en el valor económico del producto acabado. Será así en los celebrados con consumidores o en las relaciones verticales entre empresarios, en las que el insumo fabricado por el empresario situado aguas arriba es esencial para que el situado aguas abajo pueda crear el bien final. Sin embargo, en aquellas industrias donde la primacía corresponde a la tecnología el producto acabado tiene una importancia relativa, pues será sustituido en pocos meses o años por otro más avanzado. Así pues, lo esencial es el dominio sobre la idea y sobre su proceso productivo acompañado de la titularidad de los derechos de propiedad industrial, intelectual y la reserva del *know how* sobre los mismos.

En principio, la contratación administrativa clásica se asemeja a los negocios jurídicos cuyo destinatario es el consumidor. Al fin y al cabo, el órgano de contratación no deja de ser un intermediario entre el proveedor privado y el ciudadano cliente. Por ello, como insistimos en la Introducción, la Administración pública es un cliente de producto final, pues debe presentarse ante los ciudadanos con un bien o servicio susceptible de satisfacer sus necesidades.

La contratación pre-comercial es por completo ajena al esquema clásico. Por un motivo muy sencillo. Opera en sectores tecnológicamente avanzados o en nichos de mercado inexistentes. En ambos casos, ha de partirse de una idea inicial, que debe ser desarrollada y sometida a *tests* de funcionamiento antes de su comercialización. Durante las tres fases pre-comerciales, lo único tangible para el órgano de contratación son los riesgos. La Administración sólo podrá computar contablemente los gastos realizados, no justificables con la satisfacción de necesidades públicas encomendadas a su cuidado. Es más, no es improbable que el proceso de materialización de tales ideas finalice sin ningún beneficio, porque el bien o servicio proyectados demuestren ser irrealizables, no comercializables o enormemente costosos.

La ubicuidad del riesgo en la contratación pre-comercial no se halla tan sólo en sede administrativa. Preside por completo la posición de las empresas interesadas. La fase pre-comercial les concede, en su calidad de suministradoras, tan sólo una opción a la comercialización masiva del bien resultante. De acuerdo con la Teoría de la Opciones Reales, el valor que para la empresa tiene el derecho de opción es una función de tiempo entre el potencial de comercialización del producto y el riesgo de que el proyecto no sea bien recibido en el mercado. Cuando la empresa compara diferentes opciones de inversión en proyectos de I+D y se decide por uno de ellos, el valor de la opción determina la cantidad máxima de dinero que destinará al proyecto. En caso de que la relación comercial se entable entre operadores privados, la proporción entre beneficios y riesgos tiende a igualarse, dado que ambos actores actúan bajo criterios compatibles de riesgo de mercado.

Sin embargo, a la hora de decidir sobre la contratación pre-comercial con un sujeto público la empresa tendrá en cuenta la aversión al riesgo de su contraparte, lo cual limitará su voluntad de invertir en bienes y servicios públicos. Así pues, el efecto distorsionador entre el balance del potencial inversor y el riesgo de fracaso final se incrementa en la contratación pública de I+D<sup>5</sup>.

Surge casi como conclusión natural que el único modo de superar el callejón sin salida de la preeminencia del riesgo sobre el beneficio para ambas partes es la de conceder al operador privado y a la Administración una porción de los riesgos actuales y un ‘pedazo de la tarta’ de los beneficios futuros. Naturalmente, no es la única posibilidad. Otra alternativa sería la de liberar al órgano de contratación de los riesgos operativos del proceso y asignarle, además, la titularidad completa del producto final. No se oculta que esta segunda opción sólo puede funcionar si la Administración acepta incluir en el precio todos los costes, riesgos y externalidades propias de un proceso creativo I+D.

---

<sup>5</sup> EUROPEAN COMMISSION, Information Society and Media, *Pre-commercial Procurement of Innovation. A missing link in the European innovation circle*, Marzo, 2006, pág. 24 [http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/key-docs\\_en.html](http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/key-docs_en.html). Consultado por última vez el 10 de marzo de 2012.



E incluso así, es probable que los proveedores privados más capaces no participasen en la contratación pre-comercial, dado que perderían los derechos de propiedad intelectual e industrial sobre el bien final y sobre todos los generados a lo largo del proceso pre-comercial. En principio, correrían además el riesgo de perder cualquier derecho sobre los productos secundarios, ideas operativas, formas de organización, *know-how*, etc., que podrían ser reclamados por la Administración en cuanto tuviesen relación con el servicio contratado. Y dicha relación parece clara en cuanto aquéllos son elementos generados en el proceso de creación de éste.

Ante la certeza de tales efectos secundarios las empresas que decidiesen participar en el proceso estarían tentadas de acudir al mecanismo espurio de la “captura del órgano de contratación”, diseñando, testando y comercializando bienes y servicios que requerirán siempre de su participación para que la Administración pueda mantenerlos en funcionamiento, lo que condicionará futuros procesos de contratación. No olvidemos que tal añagaza no es complicada cuando se trata de productos tecnológicos sometidos a la propiedad industrial de los operadores privados.

Alternativa o cumulativamente, la negativa a compartir riesgos y beneficios fomentará conductas colusorias entre los participantes en la contratación pre-comercial, para así extraer todos los beneficios posibles del proceso<sup>6</sup>. Sería así factible que las empresas se comprometiesen a presentarse en unión temporal de empresas a la fase de contratación comercial o acudiesen a subcontrataciones cruzadas.

Por último, la negativa al reparto es susceptible de dar al traste con toda la potencialidad de la contratación pre-comercial si todas las empresas participantes no ofreciesen las soluciones tecnológicas y organizativas más avanzadas o adecuadas para la fase de comercialización, sino tan sólo las ‘equilibradas’ al lucro cesante por la no participación en los beneficios. Esta posibilidad, si bien parece difícilmente viable en la práctica, no es descartable cuando la contratación pre-comercial opere en mercados de producto estrechos con pocos licitadores capaces que participan en un cártel complejo (*hardcore cartel*) para repartirse el provecho de la contratación. Ello ocurriría, a título de ejemplo, si todos los partícipes pactasen los niveles tecnológicos de las ofertas y la forma de exclusión en las fases sucesivas. De esta forma sólo los previamente designados por el cártel cumplirán todos los criterios para acceder a la fase de contratación comercial, a la cual acudirían en UTE y subcontratarían parcelas a los previamente excluidos<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> ALBANO, G., DIMITRI, N., PERRIGNE, I., PIGA, G., “Preventing collusion in procurement”, *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, Nueva York, 2006, págs. 249-267

<sup>7</sup> JULLIEN, B., “Pricing and other business strategies for e-procurement platforms”, *Handbook of (...)*, opus. cit., págs. 347-381.

## 2. REPARTO DE RIESGOS

Además de los señalados en el apartado precedente, tres son los riesgos más destacables para el operador privado en la contratación pre-comercial para la innovación: 1) la asunción de costes extra; 2) los riesgos de modificación o paralización del proceso; 3) la comunicación de sus planes de negocio al órgano de contratación<sup>8</sup>.

En primer lugar, la propia dinámica del procedimiento pre-comercial llevará en muchas ocasiones a acordar modificar las condiciones del procedimiento, las soluciones tecnológicas u organizativas previstas o incluso suspender el proceso o ponerle fin.

En este momento debemos recordar dos circunstancias de gran importancia. Primera, que la contratación pre-comercial está excluida del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias y de la legislación contractual de los Estados. Segunda, por lo anterior no le serán aplicables *per se* los preceptos relativos a la modificación, suspensión o resolución de los contratos públicos. Lo cual no es necesariamente bueno ni malo. La ausencia de un marco normativo expreso se ve compensado por la no sumisión a los límites previstos en dicho marco. En tanto no se regule la contratación precomercial en los niveles comunitario y nacional, las reglas de cada procedimiento fijarán los criterios de modificación, suspensión o resolución, con el límite del pleno respeto a los principios comunitarios de contratación pública, establecidos por el TFUE.

De acuerdo con tales principios, la Jurisprudencia comunitaria ha desarrollado una doctrina sobre la modificación de las condiciones contractuales que, si bien concebida para la fase de comercialización, puede servir de marco a para las coberturas de los costes extraordinarios producidas durante las fases pre-comerciales.

La cuestión de en qué condiciones puede considerarse que las modificaciones de un contrato existente constituyen una nueva adjudicación de un contrato público de servicios en el sentido de las Directivas sobre contratación pública, ha sido resuelta por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 19 de junio de 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*. El Tribunal de Justicia señaló a este respecto que las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 (derogada y substituida por la Directiva 2004/18) cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del

---

<sup>8</sup> EUROPEAN COMMISSION, Information Society and Media, *Pre-commercial Procurement of Innovation (...)*, *opus cit.*, pág. 24.

contrato. La modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos<sup>9</sup>.

En el caso de que se se acuerde la terminación de la contratación pre-comercial o aquélla fuese una consecuencia inevitable de su fracaso, el procedimiento y las consecuencias de la finalización serán también las en sus reglas constitutivas. Interesa conocer si las empresas participantes gozan de un derecho de compensación por la presentación de sus ofertas. A título orientativo, podemos diferenciar las varias situaciones.

Primera, la cancelación del procedimiento no genera derechos económicos para los excluidos en las fases anteriores a aquélla en la que se decide la terminación. Tampoco para los licitadores seleccionados, respecto de las propuestas formuladas en las fases anteriores.

Segunda, cuando el proceso pre-contractual se declara finalizado en una de sus tres fases, los candidatos seleccionados gozan del derecho a ser compensados o indemnizados, siempre que la extinción no sea debida a los vicios de sus proyectos. Es decir, se generan derechos económicos a su favor cuando la terminación tiene lugar por causas accidentales, decisión administrativa o fracaso no imputable a los mismos. El juego conjunto de los principios de reparto riesgo-beneficio y de riesgo y ventura implicará que las cantidades sean menores si el motivo es la inviabilidad técnica, económica o comercial del proyecto y mayores si nace de una decisión administrativa, ya sea por causas ínsitas a la contratación pre-comercial ya ajenas a él (*factum principis*).

En segundo lugar, definir de modo inamovible un esquema de costes para un procedimiento pre-comercial es especialmente complejo, dada la naturaleza del objeto contractual, su carácter innovador, el desconocimiento del resultado final, la aplicación de tecnologías novedosas o complejas, la subdivisión en fases y la culminación en un procedimiento de contratación al uso. No será, pues, anormal que los precios totales y los asignados para cada fase sean inferiores a los costes reales. Ello originará costos extraordinarios (en el sentido de no previstos) cuya cobertura corresponde, en principio, a la empresa participante, salvo que se acuerde la modificación del presupuesto pre-contractual. En tal caso, deberá acudirse a las reglas que el procedimiento haya establecido para la modificación pre-contractual.

En tercer lugar, la comunicación del plan de negocios a los órganos de contratación destinatarios del producto final no es, en absoluto, un riesgo para las empresas

---

<sup>9</sup> Conclusiones de la Abogado General VERICA TRSTENJAK, presentadas el 11 de febrero de 2010 en el Asunto C 160/08 *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, 132.

participantes O, en mejor terminología, es un riesgo ínsito al proceso. Más que en ningún otro caso, la Administración contratante deberá conocer al terminar cada fase las características técnicas de cada oferta, tanto a efectos de selección como para garantizar su adecuación a la propuesta que los operadores seleccionados harán en la siguiente fase.

La verdadera preocupación de las empresas concurrentes estará en la definición de las reglas de acceso a los documentos constitutivos de su oferta por parte de los restantes participantes. La amplitud de las soluciones depende cómo se equilibre la protección de la propiedad industrial con los derechos procesales de las partes. A salvo mejor solución, pueden acogerse las reglas previstas por el artículo 41 de la Directiva 204/18, en sus apartados 2 y 3.

“2. A petición de la parte interesada, el poder adjudicador comunicará cuanto antes:

— a todos los candidatos descartados, las razones por las que se haya desestimado su candidatura;

— a todos los licitadores descartados, las razones por las que se haya desestimado su oferta, incluidos, en los casos contemplados en los apartados 4 y 5 del artículo 23, los motivos de su decisión de no equivalencia o de su decisión de que las obras, suministros o servicios no se ajustan a las prescripciones de rendimiento o a las exigencias funcionales requeridas;

— a todo licitador que haya hecho una oferta admisible, las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada, así como el nombre del adjudicatario o las partes en el acuerdo marco.

El plazo para llevar a cabo esta comunicación no podrá en ningún caso sobrepasar los quince días a partir de la recepción de una solicitud escrita.

3. No obstante, los poderes adjudicadores podrán decidir no comunicar determinados datos sobre la adjudicación de los contratos, la celebración de los acuerdos marco o la admisión a un sistema dinámico de adquisición, mencionados en el apartado 1, cuando su difusión pudiera obstaculizar la aplicación de la ley, ser contraria al interés público o perjudicar los intereses comerciales legítimos de operadores económicos públicos o privados, o perjudicar la competencia leal entre ellos”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en dos casos concretos sobre la confidencialidad de la información suministrada por los licitadores<sup>10</sup>. En la sentencia *Varec* se dispone que por regla general, el principio de contradicción implica el derecho de las partes procesales de obtener comunicación de las pruebas y alegaciones presentadas ante el juez y de discutirlos. Sin embargo, en algunos casos puede resultar necesario no comunicar determinada información a las partes para preservar los derechos fundamentales de un tercero o para proteger un interés público importante (véase TEDH, sentencias *Rowe y Davis c. Reino Unido*, de 16 de febrero de 2000, § 61, y *V. c. Finlandia*, de 24 de abril de 2007).

Entre los derechos fundamentales que pueden ser así protegidos figura el derecho al respeto de la intimidad, que está recogido en el artículo 8 del CEDH y que tiene su origen en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y se reafirma en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DO C 364, p. 1) (véanse, en particular, las sentencias de 8 de abril de 1992, *Comisión/Alemania*, C-62/90, apartado 23, y de 5 de octubre de 1994, *X/Comisión*, C-404/92 P, , apartado 17). A este respecto, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se desprende que no cabe considerar que el concepto de intimidad deba interpretarse en el sentido de que excluye las actividades profesionales o comerciales de las personas físicas y jurídicas (véase TEDH, sentencias *Niemietz c. Alemania*, de 16 de diciembre de 1992, § 29; *Société Colas Est y otros c. Francia*, de 16 de abril de 2002, y *Peck c. Reino Unido*, de 28 de enero de 2003, § 57), actividades que pueden comprender la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha reconocido la protección de los secretos comerciales como un principio general (véanse las sentencias de 24 de junio de 1986, *AKZO Chemie y AKZO Chemie UK/Comisión*, 53/85, apartado 28, y de 19 de mayo de 1994, *SEP/Comisión*, C-36/92 P, apartado 37).

Por último, el mantenimiento de una competencia leal en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos constituye un interés público importante cuya protección se admite en virtud de la jurisprudencia citada en el apartado 47 de la presente sentencia.

De lo anterior se desprende que, en un recurso interpuesto contra una decisión adoptada por una entidad adjudicadora relativa a un procedimiento de adjudicación de un contrato público, el principio de contradicción no supone para las partes un derecho de acceso ilimitado y absoluto a toda la información relativa al procedimiento de adjudicación de

---

<sup>10</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Varec*, de 14 de febrero de 2008, C-450/06; *Uniplex*, de 28 de enero de 2010, C-406/08.

que se trata que haya sido presentada ante el organismo responsable del procedimiento de recurso. Por el contrario, este derecho de acceso debe ponderarse con el derecho de otros operadores económicos a la protección de su información confidencial y de sus secretos comerciales.

El principio de la protección de la información confidencial y de los secretos comerciales debe aplicarse de manera que se concilie con las exigencias de una protección jurídica efectiva y el respeto del derecho de defensa de las partes en el litigio (véase, por analogía, la sentencia de 13 de julio de 2006, *Movistar*, C-438/04, apartado 40) y, en el supuesto de un recurso judicial o de un recurso ante un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, de manera que se garantice que el procedimiento respeta, en su conjunto, el derecho a un proceso justo.

Para ello, el organismo responsable de los procedimientos de recurso debe poder disponer necesariamente de la información precisa para estar en condiciones de pronunciarse con pleno conocimiento de causa, incluidos la información confidencial y los secretos comerciales (véase, por analogía, la sentencia *Movistar*, antes citada, apartado 40).

Habida cuenta del perjuicio extremadamente grave que podría resultar de la comunicación irregular de determinada información a un competidor, el referido organismo debe, antes de comunicar dicha información a una de las partes litigantes, dar al operador económico de que se trate la posibilidad de alegar el carácter confidencial o de secreto comercial de aquella (véase, por analogía, la sentencia *AKZO Chemie y AKZO Chemie UK/Comisión*, antes citada, apartado 29).

Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, en relación con el artículo 15, apartado 2, de la Directiva 93/36, debe interpretarse en el sentido de que el organismo responsable de los procedimientos de recurso previstos en dicho artículo 1, apartado 1, debe garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en los expedientes que le comuniquen las partes en la causa, en particular, la entidad adjudicadora, sin perjuicio de que el propio organismo pueda conocer y tomar en consideración dicha información. Corresponde a dicho organismo decidir cómo y en qué medida es preciso garantizar la confidencialidad y el secreto de dicha información, habida cuenta de las exigencias de la protección jurídica efectiva y del respeto al derecho de defensa de las partes en el litigio y, en el supuesto de un recurso judicial o de un recurso ante un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo

234 CE, a fin de que el procedimiento respete, en su conjunto, el derecho a un proceso justo<sup>11</sup>.

### 3. REPARTO DE BENEFICIOS

De los apartados anteriores ha podido sin duda extraerse que el procedimiento de contratación pre-comercial se caracteriza por la actualidad de los riesgos y la virtualidad de los beneficios. Éstos se materializarán en el período posterior, el de la celebración y adjudicación del contrato, tan sólo en favor de los beneficiarios. Las importantes exigencias tecnológicas y de organización, así como la entidad de los beneficios económicos que la adjudicación promete invitan a los participantes a incurrir en estrategias colusorias. Así, puede favorecer los pactos intragrupo para definir al ganador, acudir a la UTE o a la subcontratación con el fin de incluir a todos o al mayor número de concurrentes.

El mecanismo más adecuado para favorecer la participación en el procedimiento pre-contractual y evitar al mismo tiempo la colusión es destinar a las empresas ganadoras beneficios más allá del pago de un precio en metálico. De este modo, además, cabe justificar la reducción del precio, compensado con ventaja por otros medios.

Recordemos que la distribución de los beneficios entre la Administración contratante y el beneficiario es un elemento esencial para excluir de la Directiva 2004/18 a la contratación pre-comercial. El artículo 16 f) establece que la Directiva no se aplicará a los contratos 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*.

Sin temor a equivocarnos, entendemos que para una asignación de beneficios a las empresas participantes será necesario y muchas veces suficiente que la titularidad de los derechos de propiedad intelectual e industrial corresponda – total o parcialmente- al proveedor privado. Al ente público deberá bastarle la cesión a su favor del uso y explotación de tales derechos, con carácter gratuito.

A salvo imprevistos de los mercados, las empresas son capaces de dar un valor económico a los futuros derechos de propiedad intelectual e industrial sobre productos todavía no comercializados. Dicho valor se incrementará a medida que se ascienda de fase, dado que las posibilidades de consecución del bien o servicio buscados se incrementarán a cada paso. La titularidad de dichos derechos genera un caudal de

---

<sup>11</sup> STJUE *Varec*, 47-55.

beneficios para la empresa, que exceden con mucho del hecho de resultar adjudicataria del contrato.

En primer lugar, posee un valor reputacional, nacido de acreditar que un operador ostenta la capacidad de generar soluciones complejas, válidas para largos sectores de la población y adquiridas por un cliente de la magnitud de la Administración. En segundo lugar, un valor crediticio, traducido por un lado en la mejora de los índices de confianza que acreedores presentes y futuros depositarán en la empresa. Y por otro, en la mejora de sus expectativas en los mercados primarios y secundarios, si optasen por esta vía para el incremento de capital. Por último, tales derechos constituyen un activo económico computable en los activos de su titular.

Tomando como ejemplo de derecho protegible a la patente, la solución indicada es, en realidad, la que resulta de seguir el cauce ordinario para la obtención de derechos de propiedad intelectual o industrial tal como resultaría del Proyecto de Reglamento de 1 de agosto de 2000, sobre la patente comunitaria, si éste hubiese ya entrado en vigor. Conforme al artículo 4 el derecho a la patente corresponde al inventor o a sus causahabientes, excepto que el inventor fuese un empleado, en cuyo caso se estará a la legislación del Estado en que se realice la actividad. En el caso de España, corresponderá a la empresa para la que aquél preste sus servicios (artículo 15 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes de invención y modelos de utilidad).

En un procedimiento de contratación pública – sea o no pre-comercial- la relación que liga a las partes no es laboral, sino administrativa. Las empresas participantes “no prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección” de la Administración, la cual no actúa como empleador o empresario (artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores español). Por tanto, no cabe que la Administración reclame por esta vía la titularidad de la patente.

Pero sí podría reclamarla por la vía de las prescripciones que rigen el procedimiento, que constituyen ley para las partes y son de seguimiento imperativo para los licitadores desde el momento de la presentación de la oferta. Precisamente por ello, resulta tan importante que en los documentos de la contratación pre-comercial figure claramente la asignación de la titularidad a la empresa y la fórmula de cesión al ente público.

Respecto de la cesión, el criterio de proporcionalidad parece recomendar que se haga en favor del órgano de contratación –o de quien éste disponga- de forma gratuita. La licencia podrá ser exclusiva, en cuyo caso la empresa licenciante debe reservarse el derecho a usar la patente, o configurarse como no exclusiva. En este supuesto, los pliegos de condiciones deberían recoger expresamente que la empresa licenciante no puede ceder el derecho de uso de la patente a terceros sin la aquiescencia de la Administración. Además, la Administración licenciataria lo será en toda su amplitud.



Esto es, se entenderán naturalmente comprendidos en el ámbito subjetivo de la cesión a todos los órganos, entes y entidades integradas, vinculadas o dependientes de la misma, sometidos a derecho público o privado. En el caso de las entidades participadas parcialmente es deseable su inclusión expresa. Como también lo será la reserva que haba la Administración para emplear la patente en negocios con terceros distintos al licenciante.

El vigente Convenio de Munich sobre la Patente Europea, de 5 de octubre de 1973, no regula la cesión del derecho de patente, sino el procedimiento de concesión. Y atribuye el derecho a quien lo inscriba, no al inventor. Cabe, pues, la posibilidad de que, conforme al Convenio, sea otro quien obtenga la titularidad del derecho y su ejercicio frente a terceros. En tal caso, el inventor negligente –pero no la Administración- deberá instar un procedimiento de reclamación si no quiere perder el derecho. En realidad, la adquisición de la patente por un tercero hace inviable a la contratación pre-comercial. La Administración no podría actuar los bienes patentados sin obtener una licencia del tercero y remunerarla. En la generalidad de la contratación pública, se exige que el contratista tenga la titularidad y plena disposición de los bienes y derechos aportados al contrato. Cuando se inmiscuye un tercero, las posibilidades de conflicto son enormes.

En relación con los derechos de propiedad intelectual, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, del 9 de septiembre de 1886, garantiza, tras sucesivas modificaciones, los derechos de los autores de obras literarias, artísticas, cinematográficas, arquitectónicas y de algunas obras gráficas y plásticas, de acuerdo con el principio de protección por la ley del país de origen de la obra (artículo 5). En Derecho español, el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, otorga protección completa al denominado derecho moral de autor, ceñido a la obra como producto de la creación intelectual de aquél (artículo 14)<sup>12</sup>, pero que no impide su explotación por terceros, previa obtención de una licencia, exclusiva o no exclusiva (artículos 48 y 50).

---

<sup>12</sup> Artículo 14. Contenido y características del derecho moral.

Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables:

1. Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.
2. Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.
3. Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.
4. Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.
5. Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.
6. Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.

La Comisión Europea es perfectamente consciente de que la exclusividad del beneficio para la Administración, cuando no sea estrictamente necesaria, tiene un efecto disuasorio de la participación del sector privado en la contratación pública innovadora e incrementa el presupuesto del contrato. Pero, además, produce otra serie de efectos<sup>13</sup>:

1. Fragmentación de los mercados, nacida de la posibilidad de que diferentes Administraciones desarrollen sus propias soluciones. Esto dificultaría la obtención de un recurso potente que ofrecer a los mercados globales.
2. Dificultades para acceder a los mercados financieros, que dudarían sobre cuál de las ofrecidas es la opción que deben respaldar.
3. Fortalecimiento de la aversión al riesgo de las Administraciones públicas, faltas del estímulo derivado de la implicación de empresas punteras en los sectores propios de la contratación pre-comercial.

#### IV. LA CUESTIÓN DE LAS AYUDAS DE ESTADO

##### 1. ¿AYUDAS INCOMPATIBLES CON EL ARTÍCULO 107 TFUE PERO COMPATIBLES CON LA NORMATIVA COMUNITARIA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA?

La contratación precomercial, en cuanto provisión de servicios remunerada hecha por un operador privado a favor de un ente público, forma parte del género de la contratación pública. Está, por ello, sometida a sus límites extrínsecos. Entre ellos, la sujeción a la normativa de competencia. Y por lo que nos importa en este trabajo, al artículo 107 TFUE.

Conforme a dicho artículo, constituirán una ayuda de Estado incompatible con el Mercado Común los contratos públicos que reúnan cuatro características: 1) que estuviesen financiados con recursos públicos; 2) que concedan una ventaja económica al adjudicatario; 3) que dicha ventaja se otorgue selectivamente al contratista; 4) que el

---

Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.

7. Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.  
Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen.

<sup>13</sup> EUROPEAN COMMISSION, Information Society and Media, Pre-commercial procurement: Driving innovation (...), *opus.cit.*, pág. 6.

contrato distorsione o amenace con distorsionar la competencia y produzca efectos en el Mercado Común.

Teóricamente, todos o prácticamente todos los contratos públicos reúnen todas las características citadas. La financiación pública es un elemento obvio en la contratación de las Administraciones. El contrato proporciona al adjudicatario recursos económicos hábiles para incrementar su carga de negocio o, en circunstancias extremas, contribuir a su supervivencia. En tercer lugar, el contrato público es por naturaleza selectivo, pues el resultado del procedimiento es la adjudicación del negocio a un único licitador. La ventaja competitiva unida a la selectividad suponen una alteración de los equilibrios competitivos existentes en el mercado donde opera el adjudicatario. Por último, la incidencia comunitaria se produce cuando el contrato alcanza determinados umbrales monetarios o afecta a sectores donde el tráfico ordinario tiene alcance supranacional (grandes infraestructuras, redes de comunicación).

Ahora bien, así entendidos, una gran proporción de los contratos públicos serían impugnables por vulnerar la normativa europea de ayudas de Estado. Incluso aunque se hubiesen celebrado de conformidad con la normativa de contratación pública. Más aún, aquéllos cuyo presupuesto fuese superior y, por lo mismo, estuviesen sometidos a mayores requisitos de publicidad – publicación del anuncio de licitación y de las condiciones en el Diario Oficial de la Unión Europea- tendrían más posibilidades de suponer una ventaja selectiva distorsionadora de la competencia en el ámbito del Mercado Común.

El más mínimo sentido común impide llegar a una conclusión tan radical. Es por ello que, con base en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Comisión haya establecido una presunción de que no existe ayuda de Estado incompatible cuando el contrato ha sido adjudicado de conformidad con el procedimiento previsto en las Directivas comunitarias (e incorporado por la legislación nacional), siempre que la retribución del adjudicatario se haya establecido de acuerdo con las condiciones normales del mercado para este tipo de transacciones<sup>14</sup>.

La normativa de contratación pública se convierte en auxiliar del artículo 107 TFUE y ofrece así una doble garantía de inexistencia de ayuda pública: la sujeción a un procedimiento administrativo (de contratación) y la adopción del criterio de remuneración en condiciones de mercado. Uno y otro presentan una naturaleza muy diferente y, por ende, sus condiciones de verificación son dispares.

---

<sup>14</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, A., “Public Procurement and State Aid: Reopening the Debate?”, *SSRN*, pág. 8, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2037768](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2037768). (Consultado por última vez el 12 de abril de 2012).

En primer lugar, la tramitación de un procedimiento administrativo que culmina en una resolución de adjudicación es una garantía formal o procedimental del máximo valor. Sin duda alguna, los procedimientos de contratación presentan una ductilidad normativa y de organización suficiente para acreditar su seriedad. Pero de no hacerlo, un sistema de recursos administrativos y jurisdiccionales, a nivel nacional y comunitario, aseguran el respeto a la normativa sectorial.

En segundo lugar, la fijación de un presupuesto y la consiguiente remuneración en términos de mercado constituye una garantía sustantiva, pero de solidez mucho menor. Al fin y al cabo, se traduce en el señalamiento de una cifra por el órgano competente, dotado de un margen de discrecionalidad muy amplio y no discutible vía recurso. Así pues, la normativa de contratación pública no se halla en condiciones de garantizar que el precio contractual respete los criterios de mercado y no otorgue al adjudicatario una ventaja económica anticompetitiva.

Es por ello que la mera sujeción a un procedimiento de contratación no asegura que el contrato adjudicado no vulnere el artículo 107 TFUE, siempre que el precio no respete los umbrales del mercado. Así lo señaló el Abogado General Jacobs en sus Conclusiones para el asunto GEMO<sup>15</sup>:

*“Con arreglo a dicha jurisprudencia, los acuerdos bilaterales o las operaciones más complejas que impliquen derechos y obligaciones mutuas deben analizarse en su totalidad. Cuando, por ejemplo, el Estado compra bienes o servicios a una empresa, sólo habrá ayuda si y en la medida en que el precio pagado exceda del precio de mercado. (80) Cuando el Estado presta dinero a una empresa, sólo habrá ayuda si y en la medida en que no exija una rentabilidad apropiada del mismo modo que lo haría un inversor privado. (81) En mi opinión, el mismo análisis global debe prevalecer cuando la relación entre la financiación del Estado y las obligaciones de interés general claramente definidas impuestas sea tan directa y manifiesta que la financiación y la obligación deban considerarse como una única medida”.*

El criterio propuesto por Jacobs para garantizar la fijación de un precio o de otros beneficios para el adjudicatario que no constituyan ayuda de Estado es el denominado “principio del inversor en una economía de mercado” (*market economy investor principle*). Así la define el TJUE en CITYFLYER:

*“51 Para determinar si una medida estatal constituye una ayuda que falsee o amenace falsear la competencia y que afecte a los intercambios comerciales*

---

<sup>15</sup> JACOBS, F.G., Conclusiones en el asunto GEMO C-126/01, 30 de abril de 2002, párrafo 122.

*entre Estados miembros a efectos de dicha disposición, procede aplicar el criterio, indicado en la Decisión impugnada, que se basa en las posibilidades de que la empresa beneficiaria obtenga las sumas de que se trate en el mercado de capitales (sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 1990, Bélgica/Comisión, citada en el apartado 44 supra, apartado 26). En particular, cabe preguntarse si un inversor privado habría realizado la operación de referencia en las mismas condiciones y, en caso de respuesta negativa, examinar en qué condiciones habría podido realizarla”<sup>16</sup>.*

## **2. PECULIARIDADES DE LA CONTRATACIÓN PRECOMERCIAL**

El peligro que presenta en la actualidad la contratación precomercial es la ausencia de normas jurídicas que disciplinen su desarrollo. Ello acrecienta las posibilidades de imputación de ayudas públicas incompatibles, aprovechando el carácter variable y evanescente de los diferentes protocolos que la desarrollan caso a caso en los diferentes Estados miembros.

Por ende, el procedimiento precomercial no deja de conformar un sistema de pasos intermedios que culminan en un procedimiento ulterior de contratación pública. Será en éste último en el que las distintas fases – definición de la idea, prototipo, pruebas- se materialicen en el producto final. Es decir, la contratación precomercial presenta efectos diferidos. Y también serán diferidos los efectos anticompetitivos de una posible ayuda incompatible con el artículo 107 TFUE otorgada en fase precomercial.

La doctrina insta a vigilar los efectos diferidos de las ayudas públicas más allá de los procedimientos precomercial y comercial durante la vida de las tecnologías generadas o desarrolladas gracias a la contratación pública. Por su propia naturaleza, dichas tecnologías tendrán una vida propia, serán susceptibles de extenderse a nuevos productos y mercados. Así mismo, y tal como hemos desarrollado en el epígrafe II, el reparto de riesgos y beneficios entre el ente contrante y el proveedor privado hace que los productos, ideas o técnicas desarrolladas sean empleadas por un ajeno a la Administración. Así pues, mientras que los perjuicios de las ayudas públicas en la contratación clásica se circunscriben a la Administración usuaria, en la precomercial su efecto expansivo material y subjetivo dista mucho de ser despreciable<sup>17</sup>.

La posibilidad de que la contratación precomercial genere efectos anticompetitivos por la vía de las ayudas públicas no tiene únicamente carácter futuro. Es perfectamente posible durante el propio procedimiento precomercial, a partir de las fuentes de financiación usadas por el proveedor privado para asumir su parte del negocio.

---

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de abril de 1998, *CityFlier Express v. Comisión*, T-16/96.

<sup>17</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, A., “Public Procurement and State Aid (...)”, *opus.cit.*, pág. 16.

El reparto de riesgos y beneficios propio de esta figura puede exigir al operador financiar al menos en parte su actuación en cada una de las fases en las que participe. En función de su situación particular, aquél dedicará a su inversión fondos propios o ajenos. En este segundo caso, la financiación podrá proceder de entidades privada o de instituciones públicas, a través de subvenciones, créditos, avales, etc. Fácilmente se observa que tales instrumentos forman parte del concepto general de ayuda de Estado. Habrá de analizarse caso por caso su compatibilidad con el artículo 107 TFUE. De vulnerar dicho precepto, el órgano de contratación estará en una posición envidiable para denunciarlo ante la Comisión Europea, la cual instruirá un procedimiento y decidirá, en su caso, el reintegro de las cantidades.

Los efectos del procedimiento de reintegro se producen tanto en su tramitación como en su resolución. Durante la sustanciación, el proveedor privado está obligado a proporcionar a la Comisión la documentación que aquélla le solicite, y asume la carga de probar la legalidad de su actuación. En relación al proceso precontractual, la presunción de inocencia no permitirá su exclusión.

La resolución del expediente de ayudas de Estado, en caso de declarar su existencia, exigirá el reintegro de los importes recibidos. Si aquélla se produjese durante la tramitación del procedimiento precontractual, entendemos que existe causa suficiente para la exclusión, si bien la falta de sujeción a las Directivas exige que las condiciones del procedimiento incluyan una cláusula en tal sentido. No estimamos admisible que el órgano de contratación permita al proveedor sustituir los fondos producto de las ayudas por otros ‘libres de mácula’. El origen espurio de aquéllos permitió su presentación y lo colocó en una posición ventajosa respecto de otros competidores. Los daños al principio de competencia intraprocedimental ya han sido producidos y no son susceptibles de convalidación.

Si la resolución fuere dictada una vez decidida la contratación precomercial a favor del adjudicatario, existe el riesgo de que la devolución de las ayudas lo descapitalice en grado suficiente como para impedirle ejecutar su parte. Teniendo en cuenta la naturaleza del procedimiento precomercial, cabría la sustitución del adjudicatario por el siguiente en la puntuación, en el caso de que fuesen dos o más los que hubiesen accedido a la siguiente fase. Si fuese el único, el órgano de contratación tiene dos opciones para evitar la paralización absoluta. En primer lugar, admitir en la fase correspondiente la mejor de las ofertas descartadas. En segundo lugar, aprovechar la propuesta del adjudicatario reemplazado por otro candidato; posibilidad ésta última más factible cuando nos hallamos ante la última fase y lo que se inicia es la contratación ordinaria o comercial.

## V. CONCLUSIONES

La contratación precomercial, pese a no ser una figura novedosa en Derecho comparado, sí lo es su sistematización en el ámbito de la Unión Europea. Aparentemente, no puede decirse que la Comisión haya actuado de forma ambiciosa en términos de celeridad. Situando el punto inicial en el año 2006, hemos llegado al año 2012 con una previsión – artículo 29 – de la Propuesta de Directiva sobre contratos, publicada en el año 2011.

A pesar de todo, ya es una figura vigente en muchos Estados-miembros, en sectores tales como la investigación espacial, sanidad, seguridad, comunicaciones y otros múltiples servicios. La generalidad del artículo 29 de la propuesta de Directiva al regular la “Asociación para la Innovación” augura el mantenimiento de regulaciones nacionales dotadas de fuerte grado de autonomía y de documentos de condiciones de la contratación precontractual casi omnicomprendidos, constituyéndose como verdadera *lex contractus*.

La compartición de riesgo y beneficios entre las partes pública y privada del procedimiento contractual singulariza esta figura frente a otras ya presentes en la contratación pública (sistema dinámico de adquisición, acuerdo marco) y según todas las experiencias se torna fundamental para que empresas predominantes en innovación tecnológica adivinen incentivos para participar en un proceso contractual público. A ello también animará la reducción al mínimo de los trámites innecesarios y de los obstáculos burocráticos innecesarios para garantizar la presencia de los principios del TFUE aplicables a la contratación pública.

No debe olvidarse que la contratación precomercial, por referirse a ideas nuevas e innovadoras prefiere un ámbito territorial supranacional o, como mínimo, nacional. Ello permitirá la concurrencia de las mejores empresas de los Estados miembros, al concurrir en una escala territorial suficientemente amplia para asegurar el éxito del proyecto y la obtención de beneficios. Sin embargo, lo anterior no se opone a la participación de pequeñas y medianas empresas, especializadas en nichos muy concretos, y que aporten un valor añadido significativo. Las figuras de la unión temporal de empresas y de la subcontratación son caminos abiertos para ello.

Los documentos comunitarios dejan muy claro que la contratación precomercial está limitada a los servicios. Resulta extraña la exclusión de la obra pública o de figuras mixtas de servicio y obra. Así mismo, no se admite a los suministros tailorizados o de fabricación, aunque posean un contenido tecnológico importante o presenten prestaciones propias de los contratos de servicios. Es difícil entender un rechazo tan generalizado, salvo que responda a la idea de sistematizar los supuestos que mejor han funcionado en Derecho comparado, referentes a servicios.

