



Oportunidades para afrontar el COVID-19 y crisis similares a través de la Compra Pública de Innovación - *una perspectiva legal y económica* –

Abstract

Las crisis sanitarias mundiales, como el presente COVID-19, enfatizan la necesidad de prepararse con antelación a futuros desafíos que requieran innovación. El procedimiento negociado sin publicidad proporciona a los poderes adjudicadores de un medio excepcional para adquirir de inmediato suministros, obras o servicios ante una situación de extrema urgencia. Otros procedimientos con reducción de plazos (abierto y restringido, concretamente) pueden utilizarse para compras urgentes, siempre que el objeto del contrato se encuentre ya disponible en el mercado (nivel de madurez tecnológica 9 - TRL 9 en sus siglas en inglés). Sin embargo, queda mucho trabajo por hacer en niveles de madurez tecnológicos inferiores, para desarrollar, testar y producir soluciones nuevas o mejoradas a medio y largo plazo. La Compra Pública de Innovación - a través de sus dos modalidades: Compra Pública Precomercial (CPP) y la Compra Pública de Tecnología Innovadora (CPTi) - ofrece a las entidades contratantes la posibilidad de prepararse con antelación y de cooperar a través de la compra conjunta y/o agregada para afrontar adecuadamente crisis sanitarias. Además, los centros especializados (como IACS en España e Innoviris en Bélgica) pueden tener un papel importante, apoyando a los poderes adjudicadores en el análisis de necesidades, en el análisis del Estado de la Técnica, en la evaluación técnica, en las pruebas de prototipos y para dirigir al sector sanitario hacia los organismos encargados de la conformidad de los productos a los estándares y requisitos técnicos existentes.

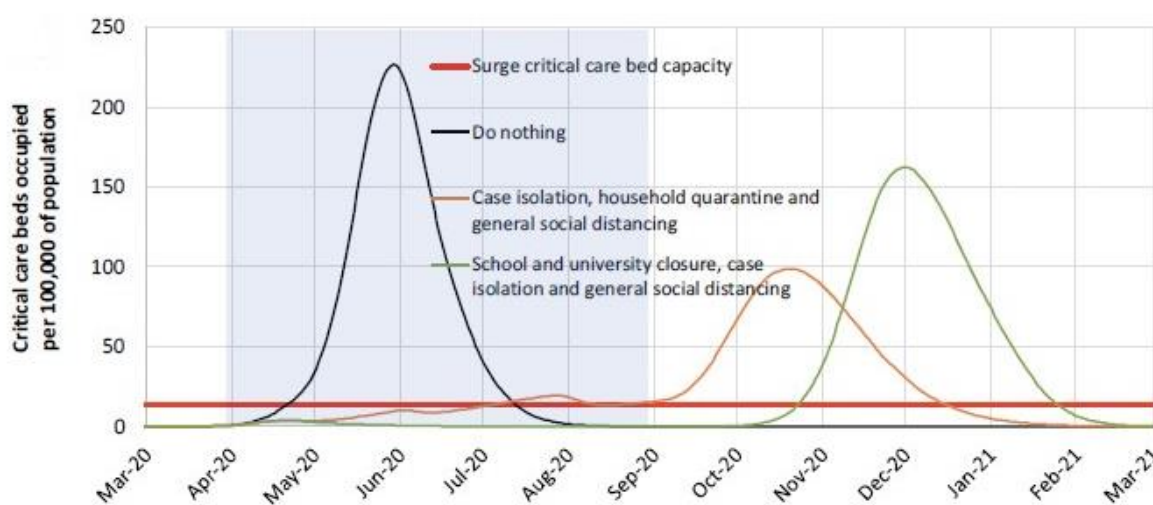
En este contexto, este artículo presenta, primero, una visión general de la crisis y los hechos actuales, que demandan una acción pública urgente. En segundo lugar, el documento hace referencia a los principales antecedentes legales europeos sobre contratación pública y medidas transfronterizas, en particular a la guía de la Comisión Europea sobre el uso de la contratación pública en la crisis del COVID-19, que recomienda buscar soluciones alternativas y actuar en el mercado. La tercera sección propone un enfoque legal práctico en casos de urgencia extrema, de urgencia y de compra de innovación, en línea con los niveles de madurez tecnológica. Los centros especializados pueden servir de apoyo en la detección de necesidades, en el análisis del Estado de la Técnica, así como en la evaluación técnica y los tests. La cuarta sección muestra cómo la compra conjunta y/o agregada puede ser utilizada de una manera efectiva. La sección cinco es un análisis de escenarios económicos que apoyan la toma de decisiones y acciones destinadas a lograr una contratación pública sólida. Finalmente, la sección seis ofrece algunas conclusiones y recomendaciones.

1. Introducción - Breve descripción de la situación actual. Relevancia del artículo

Los sistemas sanitarios de todo el mundo se están viendo desbordados por el brote y expansión descontrolada del virus COVID-19. El 31 de diciembre de 2019 se informó por primera vez a la Oficina China de la Organización Mundial de la Salud de una neumonía de origen desconocido detectada en

Wuhan, China. El brote fue declarado emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII) el 30 de enero de 2020¹. Para el 30 de marzo de 2020, se habían informado 725.240 casos de coronavirus (de los cuales el 5% eran graves o críticos), 35.045 muertes y 152.187 casos de recuperación². El 9 de abril de 2020, los Estados Unidos de América, Italia, China, España, Alemania y Francia (en este orden) eran los países con el mayor número de casos, entre 202 países, áreas o territorios con casos³.

La rápida propagación del virus pone en riesgo la capacidad de responder a la pandemia debido a la escasez de suministros (como ventiladores, dispositivos de protección personal, etc.) y al colapso de los sistemas sanitarios si la epidemia no se mitiga a través de intervenciones no farmacológicas⁴.



COVID-19 capacidad de cama de cuidados críticos e intervenciones no farmacéuticas. Fuente: Impacto de las intervenciones no farmacológicas para reducir la mortalidad por COVID-19 y la demanda de atención médica. Equipo de intervención COVID-19 del Imperial College. Página 19⁵.

La UE reconoce que el COVID-19 es una crisis sanitaria que requiere soluciones rápidas e inteligentes, así como una cierta agilidad para hacer frente a un exponencial aumento de la demanda de determinados bienes y servicios, cuando ciertas cadenas de suministro se ven interrumpidas. Los compradores públicos deben garantizar la disponibilidad de equipos de protección personal, como máscaras faciales y guantes de protección; dispositivos médicos, en particular ventiladores y otros

¹ <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>

² Para una actualización en tiempo real, consulte: <https://www.worldometers.info/coronavirus/> Algunas diferencias con estos números de referencia se encuentran en: <https://www.ecdc.europa.eu/en/geographical-distribution-2019-ncov-cases>

³ <https://experience.arcgis.com/experience/685d0ace521648f8a5beeeee1b9125cd>

⁴ Impacto de las intervenciones no farmacológicas para reducir la mortalidad por COVID-19 y la demanda de atención médica. Equipo de intervención COVID-19 del Imperial College. DOI: <https://doi.org/10.25561/77482>

⁵ Escenarios de diferentes estrategias de mitigación en EEUU que muestran las necesidades de camas en las UCIs. La línea negra muestra los resultados de no tomar ninguna medida. La verde muestra una estrategia consistente en el cierre de escuelas y universidades, el aislamiento de casos y el distanciamiento social de toda la población a partir de finales de marzo de 2020. La línea naranja muestra una estrategia que incorpora el aislamiento de casos, la cuarentena en casa y el distanciamiento social de toda la población. La línea roja representa la capacidad de las UCIs en EE.UU. El sombreado azul muestra el período de 5 meses en el que estas intervenciones estarían en vigor.

suministros médicos. Pero también infraestructura hospitalaria y de tecnología informática⁶. Sin embargo, frente a esta emergencia, la UE puede tener dificultades para abastecerse de los suministros necesarios debido a su dependencia de países no pertenecientes a la UE y países no firmantes del ACP.

Es importante que las soluciones estén operativas en un plazo muy breve y que la escasez de suministros sea gestionada de una manera creativa. También es necesario evitar comportamientos oportunistas de los proveedores y, en última instancia, asegurar el valor y la eficiencia del dinero público para hacer frente a la crisis, al tiempo que se garantizan los requisitos mínimos de algunos productos no testados previamente.

Si bien tener existencias disponibles no siempre es posible (ni deseable en ocasiones), opciones alternativas a grandes cantidades de stock podrían incluir el uso de tecnologías novedosas como la impresión en 3D⁷. Las tecnologías digitales también pueden ser útiles en este contexto. En este sentido, algunos ejemplos de necesidades y soluciones digitales son:

- Robótica. Por ejemplo, para entregar alimentos a personas en cuarentena, para desinfectar hospitales, para hacerse cargo de determinadas tareas de los cirujanos.
- Supercomputación e inteligencia artificial. Por ejemplo, para detectar patrones en las imágenes de los pulmones de pacientes enfermos, para identificar a partir de qué compuestos químicos podrían elaborarse vacunas.
- Monitorización de la disponibilidad (local, regional, nacional) de camas en la UCI.
- Predicción dinámica de necesidades (pruebas, medidas de contención, camas en las UCI, etc.)
- Comunicación y coordinación entre hospitales y transportistas, instalaciones locales y regionales.
- Bienestar social, evitando la soledad del distanciamiento social. Por ejemplo, servicios específicos para personas mayores, programas comunitarios digitales interactivos.
- Educación digital, educación escolar a través de medios digitales, esfuerzos educativos para la concientización sobre la enfermedad.
- Servicios públicos mínimos. Por ejemplo, la posibilidad de medir en tiempo real y comparar por áreas de la ciudad la necesidad de ciertos servicios públicos esenciales como el transporte de pasajeros, la recolección de basura o los suministros de electricidad, que se ven alterados durante el confinamiento.

Las soluciones digitales presentan muchas oportunidades para ayudar enfrentarse de forma eficaz a la crisis de COVID-19⁸:

- La robótica se puede utilizar de manera efectiva para reemplazar o ayudar al personal médico y de apoyo en tareas como la desinfección de hospitales (por ejemplo, mediante el uso de luz ultravioleta), la prevención y el diagnóstico (por ejemplo, a través de la robótica de laboratorio), el transporte de equipos médicos, medicamentos o alimentos. así como la interacción con pacientes infectados para reducir la exposición a la enfermedad.

⁶ Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del COVID-19, página 1. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401(05)&from=EN)

⁷ <https://3dprintingindustry.com/news/3d-printing-community-responds-to-covid-19-and-coronavirus-resources-169143/>

⁸ Ejemplos proporcionados por Lieve Bos, de DG Connect, el 3 de abril de 2020 durante el webinar sobre el COVID-19 en el marco de la iniciativa EAFIP.

<https://www.youtube.com/watch?v=evyarYQyDSg> <https://eafip.eu/events/webinars/opportunities-to-tackle-the-covid-19-crisis-through-innovation-procurement/>

- Las imágenes digitales (como las tomografías computarizadas) juegan un papel importante en el diagnóstico y tratamiento de pacientes con COVID-19. El análisis de imágenes basado en Inteligencia Artificial ya se ha implementado en el contexto del brote actual. Una plataforma de Inteligencia Artificial disponible en toda la UE podría usarse para reconocer signos de COVID-19 en tomografías computarizadas. El software proporcionaría un diagnóstico y una interpretación de pronóstico relativamente rápidos.
- Los modelos matemáticos se utilizan cada vez más para comprender la propagación de enfermedades infecciosas y evaluar el impacto potencial de las intervenciones de salud pública para reducir la morbilidad y la mortalidad. Las soluciones basadas en Inteligencia Artificial alimentadas por información anónima y agregada de operadores móviles podrían usarse para mapear y predecir la propagación de la enfermedad a lo largo del tiempo y en diferentes áreas geográficas, y para evaluar el efecto de las medidas de distanciamiento social. Las capacidades hospitalarias pueden reforzarse proactivamente en áreas con alto riesgo a que la enfermedad aparezca; la distribución de recursos podría planificarse eficazmente (por ejemplo, equipos médicos como máscaras, equipos de protección personal, ventiladores). Además, en las regiones actual o potencialmente afectadas por el brote, los modelos matemáticos pueden apoyar la toma de decisiones sobre qué medidas aplicar (por ejemplo, distanciamiento social, cierre de escuelas, teletrabajo, cuarentena). Cuando se han impuesto restricciones a la movilidad, los modelos pueden respaldar la evaluación de la efectividad de las medidas. Finalmente, de cara a los próximos estadios del brote, los modelos matemáticos también serán fundamentales de cara a elegir los medios en la relajación progresiva y/o levantamiento de las medidas de intervención. Un pronóstico de la dinámica de transmisión de la enfermedad en diferentes escenarios donde solo se mantiene una parte de las medidas podría ayudar a los responsables de la toma de decisiones a identificar las medidas más efectivas, evitando al mismo tiempo un rebrote de la enfermedad.
- Las supercomputadoras pueden ayudar en el modelado epidemiológico del brote de COVID-19. Por ejemplo, el proyecto financiado con fondos comunitarios, Exscalate4CoV⁹, está actualmente procesando modelos digitales de la proteína del virus y comparándolos con una base de datos de miles de antimoléculas activas conocidas que forman parte de medicamentos existentes, con el objetivo de descubrir qué combinaciones de moléculas activas podrían reaccionar al virus. Los primeros resultados prometedores de esta operación de emparejamiento están ya disponibles: un conjunto de 63 moléculas se han identificado como útiles y se han enviado para su examen biológico, con el objetivo de obtener los primeros resultados de un posible fármaco. El proyecto está a punto de verificar 6000 compuestos adicionales identificados como prometedores a partir de trabajos de investigación en curso.
- La integración de datos de movilidad de operadores móviles y datos meteorológicos puede ayudar a investigar el vínculo entre la dinámica de la enfermedad y las condiciones climáticas.
- Las redes sociales pueden mapear áreas con mayor incidencia de COVID-19 e incluir un desglose a través de diferentes datos demográficos. Estas herramientas pueden ser útiles para los análisis de vulnerabilidad.
- Las posibilidades que ofrece la tecnología de Blockchain podrían usarse para mejorar la trazabilidad de las soluciones y combatir la distribución de medicamentos/soluciones falsas.

Ante estos desafíos y oportunidades, este documento tiene como objetivo proporcionar a los poderes adjudicadores en Europa una guía para utilizar un conjunto de herramientas de compra en situaciones

⁹ <https://www.exscalate.eu/en/projects.html>

de extrema urgencia, urgencia, así como mecanismos a medio y largo plazo para testar la innovación incremental y radical.

2. Antecedentes - Referencias y explicación de los instrumentos normativos más relevantes desarrollados en crisis anteriores

A nivel europeo, particularmente en lo que se refiere a amenazas a la salud pública, medidas sanitarias y compras en circunstancias urgentes, existen varias regulaciones que establecen algunas reglas básicas para aplicar procedimientos de compra adecuadamente.

2.1. Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del COVID-19 (2020/C 108 I/01)¹⁰

La Comisión Europea explica en esta guía, qué opciones nos ofrece el marco de contratación pública de la UE para la compra de suministros, servicios y obras necesarios para abordar la crisis COVID-19. Según esta guía, los compradores públicos pueden considerar varias posibilidades en el siguiente orden:

- *En primer lugar, en caso de urgencia, pueden recurrir a las posibilidades de reducir sustancialmente los plazos para acelerar los procedimientos abiertos o restringidos.*
- *En caso de que tal flexibilidad no baste, podrá preverse un procedimiento negociado sin publicación. Por último, podría permitirse incluso la adjudicación directa a un operador económico preseleccionado, siempre que este sea el único que pueda proporcionar los suministros necesarios dentro de los condicionantes técnicos y temporales que impone la extrema urgencia.*
- *Por otra parte, los compradores públicos deben también buscar soluciones alternativas y actuar en el mercado.*

La guía de la Comisión se centra en las compras que se deben llevar a cabo en casos de extrema urgencia, de manera que los compradores públicos puedan adquirir suministros, servicios y obras en cuestión de días, incluso horas, si es necesario. Precisamente para una situación como la actual crisis generada por el COVID-19, que supone una urgencia extrema e imprevisible, las directivas de la UE no contienen limitaciones procedimentales. Como señala la Comisión:

‘En concreto, el procedimiento negociado sin publicación permite que los compradores públicos adquieran suministros y servicios en el plazo más breve posible. Con arreglo a este procedimiento, establecido en el artículo 32 de la Directiva 2014/24/UE («la Directiva»)¹¹, los compradores públicos pueden negociar directamente con los posibles contratistas y no hay exigencia de publicación, plazos, número mínimo de candidatos que deben ser consultados ni ningún otro requisito de procedimiento. No hay ninguna norma de procedimiento regulada a nivel de la UE. En la práctica, esto significa que las autoridades pueden actuar con toda la rapidez que sea técnica y físicamente posible, y el procedimiento puede constituir una adjudicación directa de facto sujeta únicamente a limitaciones físicas o técnicas relacionadas con la disponibilidad real y la velocidad de entrega.

El marco europeo de contratación pública ofrece toda la flexibilidad necesaria para que los compradores públicos adquieran bienes y servicios vinculados directamente a la crisis del COVID-19 con la mayor rapidez. Para acelerar sus adquisiciones, los compradores públicos pueden también optar por:

¹⁰ Las citas pertenecen a la Comunicación de la Comisión: Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del COVID-19. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401(05)&from=EN)

¹¹ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (OJ L 94, 28.3.2014, p. 65–242).

- *dirigirse a los contratistas potenciales dentro y fuera de la UE por teléfono, correo electrónico o en persona;*
- *contratar a agentes que tengan mejores contactos en los mercados;*
- *enviar directamente a sus representantes a países que dispongan de las reservas necesarias y puedan garantizar una entrega inmediata;*
- *dirigirse a los posibles proveedores para acordar un aumento de la producción, o bien el inicio o la renovación de la producción.'*

Sin embargo, en situaciones excepcionales como la actual los compradores públicos pueden verse abocados a buscar soluciones alternativas e innovadoras para satisfacer sus necesidades más inmediatas, ya que los proveedores se ven desbordados y hay cadenas de suministro rotas. Para ello, la interacción con los proveedores mediante las consultas de mercado es una herramienta que se ha demostrado muy útil de cara detectar otras soluciones ya disponibles en el mercado o que podrían implementarse en plazos muy breves.

Al mismo tiempo es preciso tener en cuenta que los productos o servicios demandados durante las crisis sanitarias deben cumplir ciertos requisitos mínimos para garantizar un uso adecuado y beneficioso para la salud. Esto se refiere no solo a dispositivos técnicos como respiradores, sino especialmente al desarrollo de vacunas o medicamentos.

Por otra parte, la interacción con el mercado es una buena oportunidad para incluir aspectos estratégicos en la contratación pública, como criterios ambientales, innovadores y sociales, incluida la accesibilidad a los servicios contratados.

El marco de la UE permite a los compradores públicos participar e interactuar con el mercado de diversas maneras:

- *pueden utilizar herramientas digitales innovadoras para activar ampliamente el interés entre los agentes económicos capaces de proponer soluciones alternativas. Por ejemplo, podrían convocar hackatones para hallar nuevos conceptos que permitan reutilizar las mascarillas de protección después de su limpieza, ideas sobre cómo proteger eficazmente al personal sanitario, maneras de detectar el virus en el medio ambiente, etc.*
- *pueden colaborar más estrechamente con los ecosistemas de innovación o las redes de emprendedores, que podrían proponer soluciones.*

En estas interacciones los compradores públicos deberán tener en cuenta las regulaciones sectoriales aplicables a cada producto o servicio (como en el caso de temas de salud o de farmacia), buscando formas de acelerar la certificación del producto o los procedimientos de control.

La Comisión anima a los compradores públicos a utilizar las diferentes opciones que ofrece el marco de contratación pública de la UE para hacer frente a la pandemia, siguiendo una estrategia en varias etapas.

Para sus necesidades inmediatas y a corto plazo, pueden beneficiarse del procedimiento negociado sin publicidad previa por razones de extrema urgencia. De manera complementaria, se les recomienda la actuación conjunta y la compra agregada, así como a aprovechar las iniciativas de adquisición conjunta de la Comisión.

Por otra parte, los procedimientos abiertos y restringidos con reducción de plazos se pueden emplear para satisfacer sus necesidades a medio plazo. Además, debido a que son procedimientos que garantizan la transparencia y la igualdad, optimizan la relación calidad-precio en la contratación y permiten un mayor acceso a las empresas, lo que redundará en beneficio de la competitividad (una gama más amplia de suministros disponibles a mejores precios).

Procedimiento	Plazos normales mínimos	Plazos abreviados mínimos
Procedimiento abierto	35 días ⁽¹⁴⁾	15 días
Procedimiento restringido (etapa 1: solicitud de participación)	30 días ⁽¹⁵⁾	15 días ⁽¹⁶⁾
Procedimiento restringido (etapa 2: presentación de la oferta)	30 días ⁽¹⁷⁾	10 días ⁽¹⁸⁾

Procedimientos abiertos y restringidos plazos acelerados Fuente: Orientación de la CE del 1 de abril de 2020¹².

En casos de extrema urgencia, el procedimiento negociado sin publicación proporciona una herramienta adicional, permitiendo una adjudicación más rápida de los contratos para satisfacer las necesidades relacionadas con el COVID-19¹³. Los poderes adjudicadores pueden utilizar este procedimiento, *‘en la medida en que sea estrictamente necesario por razones de urgencia imperiosa resultante de hechos que el poder adjudicador no haya podido prever no puedan respetarse los plazos de los procedimientos abiertos, restringidos o de licitación con negociación’*. Además, *‘las circunstancias alegadas para justificar la urgencia imperiosa no deberán en ningún caso ser imputables a los poderes adjudicadores’*¹⁴.

2.2. Conclusiones del Consejo de la Unión Europea sobre las lecciones aprendidas de la pandemia A/H1N1 (Council conclusions on Lessons learned from the A/H1N1 pandemic – Health security in the European Union)¹⁵

Incluso si la preparación para una pandemia y la planificación e implementación de respuestas siguen siendo competencia de los Estados Miembros, las medidas nacionales deberían coordinarse a nivel europeo. Por este motivo, en este documento el Consejo de la Unión Europea invita a la Comisión a revisar el Plan de preparación a la pandemia de la UE, para alinearlo con las lecciones aprendidas de la pandemia A (H1N1), las evaluaciones nacionales y europeas correspondientes y en coherencia con la revisión de la OMS del Reglamento Sanitario Internacional (RSI 2005) y el marco internacional.

Un problema identificado en esta pandemia fue la falta de un enfoque estratégico global paneuropeo sobre cómo localizar y comunicarse con los grupos "en riesgo" ya identificados. Algunas sugerencias (que tuvieron que implementarse antes del estallido de otra pandemia) fueron el desarrollo de mensajes clave basados en el análisis de los grupos objetivo (teniendo en cuenta su uso de los medios de comunicación, su comportamiento consumidor y las fuentes de información en las que confían) y el uso de encuestas para comprender las percepciones y comportamientos de los ciudadanos en una crisis de salud, así como para monitorizar los cambios.

Otro problema fue la falta de flexibilidad en los procedimientos de compra para ajustar las cantidades demandadas a las necesidades reales, así como revisar los términos sobre responsabilidad.

¹² Para una descripción de los procedimientos véanse los artículos 27 y 28 de la Directiva 2014/24/UE.

¹³ En España, el órgano de contratación puede actuar sin obligación de tramitar un expediente de contratación. Véase el artículo 120 de la LCSP (Tramitación de emergencia).

¹⁴ Véase el artículo 32.2.c de la Directiva 2014/24/EU.

¹⁵ http://attentialebuffle.it/wp-content/uploads/2010/09/CoE_Final-report.pdf Documento únicamente disponible en inglés.

Por último, el Consejo invitó a analizar la posibilidad de adquirir vacunas y medicamentos antivirales de forma conjunta, a fin de garantizar un acceso equitativo, al precio más bajo, aumentando así el poder de negociación de los poderes adjudicadores. Los compradores públicos enfrentan una situación similar en la crisis actual de COVID-19.

2.3. Decisión No 1082/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud y por la que se deroga la Decisión n o 2119/98/CE¹⁶

Ya en 2010, el Parlamento Europeo y el Consejo subrayaron la necesidad de introducir un procedimiento común para la adquisición conjunta de medidas de salud pública, en particular de vacunas contra pandemias.

En este procedimiento, los Estados miembros deberían poder beneficiarse de las compras agregadas (en términos de disponibilidad y reducción de precios) de forma voluntaria. Es decir, la participación en el mecanismo no sería obligatoria, pero altamente recomendable.

Además, incluso si los Estados miembros son los responsables de gestionar las crisis de salud pública a nivel nacional, la lucha contra una enfermedad contagiosa requiere de coordinación europea. Además, las medidas adoptadas por los Estados Miembros de manera individual pueden dañar los intereses de otros Estados Miembros. Esta situación también se vive durante la crisis del COVID-19, ya que los poderes adjudicadores de diferentes Estados Miembros e incluso de las diferentes regiones de un mismo país compiten por adquirir ciertos suministros vitales, lo que provoca su aumento de precio.

Con el objetivo de coordinar la respuesta a nivel de la Unión, la decisión del Parlamento Europeo y del Consejo es clave debido a su ámbito de aplicación: *medidas de salud pública en relación con las siguientes categorías de amenazas transfronterizas graves para la salud: a) amenazas de origen biológico, consistentes en: i) enfermedades transmisibles, ii) resistencias microbianas e infecciones asociadas a la asistencia sanitaria relacionadas con enfermedades transmisibles (en lo sucesivo, «los problemas sanitarios especiales relacionados»)*¹⁷.

En su quinto artículo, la decisión explica las reglas para la adquisición conjunta de medidas de salud pública:

- La participación en el procedimiento de adquisición conjunta estará abierta a todos los Estados miembros hasta la puesta en marcha del procedimiento. A partir de ese momento, la participación ya no está permitida. Esto significa que solo los Estados Miembros que hayan

¹⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013D1082&from=EN>

¹⁷ Véase el artículo 2. *Ámbito de aplicación*. A efectos de las definiciones, véase el artículo 3, en particular:

'b) «enfermedad transmisible»: enfermedad infecciosa causada por un agente contagioso que se transmite entre personas por contacto directo con una persona infectada o por un medio indirecto, como la exposición a un vector, animal, fómite, producto o ambiente, o el intercambio de un fluido, que está contaminado por el agente contagioso;

g) «amenaza transfronteriza grave para la salud»: una amenaza para la vida u otro grave peligro para la salud de origen biológico, químico, ambiental o desconocido que se propaga o implica un riesgo significativo de propagarse a través de las fronteras nacionales de los Estados miembros y que puede requerir coordinación a nivel de la Unión para garantizar un nivel elevado de protección de la salud humana.'

Ambos son una definición precisa del actual COVID-19.

acordado previamente y consientan ser parte del esquema de adquisición conjunta pueden recurrir a él ahora para adquirir contramedidas médicas¹⁸.

- Este consentimiento se manifestará en un Acuerdo de Adquisición Conjunta entre las Partes¹⁹. El Acuerdo también abordará los aspectos prácticos del esquema: elección del procedimiento y cómo seleccionarlo, evaluación de las ofertas y adjudicación del contrato.
- Este mecanismo no puede afectar en modo alguno al mercado interior ni restringir el comercio, ni puede discriminar o distorsionar la competencia.
- Los derechos y el presupuesto de los Estados Miembros no participantes no se verán afectados.

La decisión también aborda la coordinación entre los Estados Miembros a las respuestas nacionales a las amenazas transfronterizas graves para la salud (siempre dentro del ámbito objetivo de aplicación de esta decisión) y a la comunicación de riesgos y crisis, con el fin de proporcionar información general y coordinada en toda la UE al público en general y a los profesionales de la salud²⁰.

Si un Estado miembro quiere implementar una medida de salud pública para combatir una amenaza transfronteriza grave para la salud, debe informar y consultar previamente a los demás Estados Miembros y a la Comisión.

Sin embargo, cuando lo exijan razones de urgencia, el Estado miembro puede adoptar las medidas, siempre que informe inmediatamente a los demás Estados Miembros y a la Comisión.

Cuando una amenaza transfronteriza grave para la salud supere las capacidades nacionales de respuesta, el Estado afectado puede solicitar asistencia de otros Estados Miembros a través del Mecanismo de Protección Civil de la UE²¹.

2.4. Medidas de salud pública que podrían adquirirse en común según el Acuerdo Sobre Contratación Pública Común (Medical countermeasures that could be procured in common under The Joint Procurement Agreement)²²

Este documento técnico fue publicado en diciembre de 2014. Y su propósito es describir el alcance del Acuerdo de Adquisición Conjunta de medidas de salud pública.

¹⁸ En marzo de 2020, había sido firmado por 27 países de la UE, más Islandia, Noruega y el Reino Unido. Durante abril de 2020 se han sumado más países. Para la lista de los firmantes ver:

https://ec.europa.eu/health/preparedness_response/joint_procurement/jpa_signature_en

¹⁹ El Acuerdo de Adquisición Conjunta (the Joint Procurement Agreement) fue firmado por la Comisión el 20 de junio de 2014.

²⁰ Véase el artículo 11. *Coordinación de la respuesta*.

²¹ 'El objetivo general del Mecanismo Comunitario de Protección Civil es fortalecer la cooperación entre los Estados miembros de la UE y 6 Estados participantes en el ámbito de la protección civil, con miras a mejorar la prevención, la preparación y la respuesta a los desastres. Cuando la escala de una emergencia supera las capacidades de respuesta de un país, este puede solicitar asistencia a través del Mecanismo'. Traducido de 'The overall objective of the EU Civil Protection Mechanism is to strengthen cooperation between the EU Member States and 6 Participating States in the field of civil protection, with a view to improve prevention, preparedness and response to disasters. When the scale of an emergency overwhelms the response capabilities of a country, it can request assistance via the Mechanism.' Véase https://ec.europa.eu/echo/what/civil-protection/mechanism_en

²² Documento únicamente disponible en inglés.

https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/preparedness_response/docs/jpa_note_scope_en.pdf

Como acabamos de ver, el artículo 5 de la Decisión 1082/2013/UE proporciona la base legal para organizar una contratación conjunta frente a cualquier amenaza transfronteriza grave para la salud y cualquier medida de salud pública necesaria para combatir dicha amenaza. Como también hemos mencionado, la participación en dicha compra conjunta es voluntaria para los Estados miembros.

Sin embargo, este documento especifica que los Estados Miembros que participan pueden decidir en cada ocasión si desean participar en un procedimiento particular. Sin embargo, para poder iniciar un procedimiento deben participar un número mínimo de 5 Partes Contratantes, incluida la Comisión.

Dado que los medicamentos, productos médicos u otros bienes o servicios necesarios para prevenir o controlar las amenazas transfronterizas grave para la salud están cubiertos por el término "*medida de salud pública*", esto significa que estos productos se pueden comprar bajo el mecanismo de adquisición conjunta como se define en el artículo 5 de la Decisión 1082/2013 UE²³. El documento proporciona una lista no exhaustiva de ejemplos, como pruebas de laboratorio, herramientas/kits de diagnóstico de gripe estacional o pandémica, vacunas contra la gripe, antivirales, productos de descontaminación, máscaras y equipos de protección personal, etc.

2.5. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativa a las normas de contratación pública por lo que respecta a la actual crisis del asilo²⁴

Las Directivas Europeas de Contratación Pública proporcionan la flexibilidad necesaria en caso de urgencia debidamente justificada. Es lo que viene a señalar esta Comunicación, así como la reciente guía de la Comisión Europea sobre la crisis COVID-19.

Una posibilidad es reducir los plazos generales, lo que permite una rápida adjudicación del contrato, principalmente a través de un procedimiento abierto o restringido acelerado. Esta primera opción "*implica aplicar un mínimo de igualdad de trato y de transparencia, lo que permite garantizar cierta competencia incluso en las situaciones de urgencia*"²⁵.

Otra posibilidad únicamente disponible en los casos más urgentes es el procedimiento negociado sin publicación. Sin embargo, como esta segunda opción deroga los principios de transparencia y competencia del TFUE, sólo puede utilizarse en determinadas situaciones cuyas condiciones deben cumplirse.

1. El procedimiento solo puede utilizarse en casos de extrema urgencia, que haga imposible el cumplimiento de los plazos generales. Deberá evaluarse caso por caso si esta urgencia hace imposible respetar incluso los plazos reducidos de los procedimientos abiertos o restringidos acelerados. Además, '*si se invoca la extrema urgencia, la necesidad de contratación ha de satisfacerse inmediatamente. La excepción no puede invocarse para adjudicaciones de contratos que tarden más de lo que habrían tardado si se hubiera*

²³ Véase el artículo 3. Definiciones de la Decisión No 1082/2013/UE: 'f) «*medida de salud pública*»: decisión o actividad que tiene por objeto prevenir, supervisar o controlar la propagación de enfermedades o la contaminación, o luchar contra riesgos graves para la salud pública o atenuar sus consecuencias en la salud pública.'

²⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0454&from=EN>

²⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativa a las normas de contratación pública por lo que respecta a la actual crisis del asilo. COM (2015) 454 final. Página 8.

recurrido a un procedimiento transparente, abierto o restringido, incluidos los procedimientos (restringidos) acelerados²⁶.

2. Los eventos que causaron esta urgencia fueron imprevisibles para una entidad contratante diligente.
3. Existe un nexo causal entre el suceso imprevisto y la extrema urgencia.
4. El procedimiento solo puede cubrir lo que es *'estrictamente necesario'*. El procedimiento solo puede usarse para necesidades inmediatas: *'Solo cubren el vacío existente hasta que puedan encontrarse soluciones más estables, como contratos marco de suministro y servicios adjudicados por medio de procedimientos ordinarios (incluidos los procedimientos acelerados)'*²⁷.

Cada poder adjudicador es responsable de evaluar si se cumplen todas las condiciones. Además, deberá guardar documentos que justifiquen el recurso a este procedimiento.

En resumen, el poder adjudicador considerará primero si se puede utilizar un procedimiento 'normal' (que son los que describen las Directivas con un plazo determinado) para satisfacer sus necesidades. Si este no es el caso, deben evaluar si un procedimiento abierto o restringido con reducción de plazos puede proporcionar los suministros de manera oportuna. De lo contrario, pueden aplicar el procedimiento negociado sin publicación, siempre que se cumplan todas las condiciones mencionadas anteriormente.

3. Cómo comprar en tiempos de crisis siguiendo las Directivas de Contratación Pública y la metodología EAFIP

Las Directivas Europeas y la metodología EAFIP proporcionan la necesaria flexibilidad y diferentes posibilidades para reducir los plazos en la compra de soluciones ya disponibles en el mercado (COTS en sus siglas en inglés) y soluciones innovadoras. Como ya se ha mencionado en las secciones anteriores, la Comisión ha publicado recientemente guías sobre cómo aplicar el marco legal de contratación pública y utilizar sus diferentes mecanismos para buscar alternativas innovadoras y actuar en el mercado. Esto es especialmente importante porque los compradores públicos deben comprender que, en paralelo a sus acciones más inmediatas y urgentes, es necesario que tomen medidas que conduzcan a la innovación. La Compra Pública de Innovación en tiempos de crisis es más relevante que nunca como parte integrante e indisoluble de un programa integral de contratación, que puede implementarse de una manera rápida y a pequeña escala con la metodología, las herramientas y la experiencia adecuadas.

3.1. Las Directivas de Contratación Pública

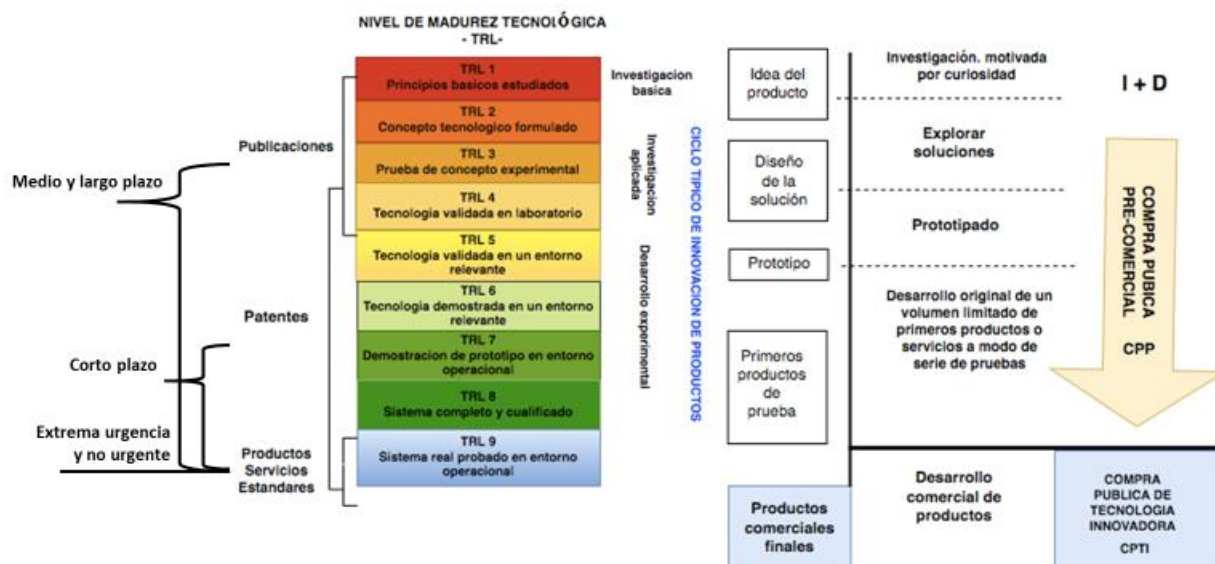
Esta sección se refiere a los procedimientos que, debido a sus plazos reducidos, pueden ser útiles para adquirir productos que satisfagan necesidades urgentes durante la crisis de COVID 19, pero también señala instrumentos legales que proporcionan a los compradores públicos medios para adquirir I+D y soluciones innovadoras que se encuentran en un nivel de madurez tecnológico más bajo a medio y largo plazo. Los procedimientos de compra de innovación ofrecen un conjunto de herramientas alternativas para pensar de manera original y acelerar el desarrollo de soluciones innovadoras que

²⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativa a las normas de contratación pública por lo que respecta a la actual crisis del asilo. COM (2015) 454 final. Página 9.

²⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativa a las normas de contratación pública por lo que respecta a la actual crisis del asilo. COM (2015) 454 final. Página 9

superen el estado del arte actual. Estos instrumentos deben formar parte de un programa integral de contratación, de cara a una preparación adecuada para el futuro.

La siguiente imagen presenta una descripción general de los niveles de madurez tecnológica, con el objetivo de facilitar la comprensión de este apartado:



La Compra Pública de Innovación²⁸ puede realizarse a través de la Compra Pública de Tecnología Innovadora (CPTi) o la Compra Pública Precomercial (CPP). La CPTi²⁹ tiene lugar cuando el sector público utiliza su poder adquisitivo para ser uno de los primeros en adoptar soluciones innovadoras que aún no están disponibles a gran escala en el mercado y pueden incluir ensayos de conformidad. La CPTi se puede llevar a cabo mediante cualquiera de los procedimientos regulados, siempre que no incluya la adquisición de I+D.

La CPP³⁰ está excluida del ámbito de aplicación de las Directivas europeas, pero está sujeto a los principios de contratación pública y al TFUE³¹. Este procedimiento para la compra pública de servicios de investigación y desarrollo se describe en la *Comunicación De La Comisión: La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles* y el *Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión* (COM (2007) 799 final y SEC (2007) 1668, respectivamente)³². Es una herramienta importante para estimular la innovación, ya que permite al sector público dirigir el desarrollo de nuevas soluciones en función de sus necesidades particulares. A la CPP se le debe dar una publicación amplia y se puede llevar a cabo mediante procedimientos existentes, como el abierto, el restringido o el negociado con publicación.

²⁸ Tal y como se explica en la metodología EAFIP. Para más información consulte: www.eafip.eu/toolkit

²⁹ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/public-procurement-innovative-solutions>

³⁰ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/pre-commercial-procurement>

³¹ Consulte en qué casos queda excluida la adquisición de servicios de investigación y desarrollo en los artículos 25 de la Directiva 2014/23/UE, 14 de la Directiva 2014/24/UE y 32 de la Directiva 2014/25/UE.

³² <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0799:FIN:ES:PDF> y <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/eu-policy-initiatives-pcp-and-ppi>

La siguiente tabla muestra los procedimientos disponibles para obtener soluciones que se encuentran en diferentes niveles de madurez tecnológica (TRL) en situaciones de extrema urgencia, urgencia y sin urgencia, así como las disposiciones relevantes de las Directivas de Contratación:

	Extrema urgencia	Urgencia	Sin urgencia
Soluciones disponibles en el mercado	Procedimiento negociado sin publicidad Art.32.2.c Directiva 2014/24/UE Art.50.d Directiva 2014/25/UE Art.28.1.d Directiva 2009/81/UE	Procedimientos con reducción de plazos Art.27.3, 28.6 y 29.1 <i>in fine</i> Directiva 2014/24/UE Art.45.3, 46.1 y 2, 47.1 y 2, 48 y 49 Directiva 2014/25/UE Art.33.7 Directiva 2009/81/CE	Procedimientos de adquisición 'habituales' Art.26 a 31 Directiva 2014/24/UE Art.44 a 49 Directiva 2014/25/UE Art.25 Directiva 2009/81/CE
TRL7		Procedimiento negociado sin publicidad (prueba de prototipo) Art.32.3.a Directiva 2014/24/UE Art.50.b Directiva 2014/25/UE Art.28.2.b Directiva 2009/81/CE	Procedimiento negociado sin publicidad (prueba de prototipo) Art.32.3.a Directiva 2014/24/UE Art.50.b Directiva 2014/25/UE Art.28.2.b Directiva 2009/81/CE
TRL3 – TRL8			CPP Art. 25 Directiva 2014/23/UE Art. 14 Directiva 2014/24/UE Art. 32 Directiva 2014/25/UE Art. 13.j Directiva 2009/81/CE
TRL3 – TRL9			Asociación para la innovación Art.31 Directiva 2014/24/UE Art.49 Directiva 2014/25/UE
TRL9 (CPTi)	Procedimiento negociado sin publicidad Art. 32.2.c Directiva 2014/24/UE Art. 50.d Directiva 2014/25/UE Art. 28.1.d Directiva 2009/81/UE	Procedimientos con reducción de plazos Art. 27.3, 28.6 y 29.1 <i>in fine</i> Directiva 2014/24/UE Art.45.3, 46.1 y 2, 47.1 y 2, 48 y 49 Directiva 2014/25/UE Art.33.7 Directiva 2009/81/CE	Procedimientos de adquisición 'habituales' Art. 26 a 31 Directiva 2014/24/UE Art. 44 a 49 Directiva 2014/25/UE Art. 25 Directiva 2009/81/CE

Procedimientos para comprar soluciones en diferentes TRL. Fuente: EAFIP - Corvers Webinar sobre COVID-19³³

Un Análisis de del Estado de la Técnica (SOTA en sus siglas en inglés) será crucial para determinar los niveles de madurez tecnológica de las soluciones y, en consecuencia, seleccionar el procedimiento correcto, en función del nivel de urgencia. Los siguientes apartados describen estos procedimientos:

- **Procedimiento negociado sin publicidad³⁴**

³³ <https://eafip.eu/events/webinars/opportunities-to-tackle-the-covid-19-crisis-through-innovation-procurement/>

³⁴ Véanse también los considerandos 50 y 80 de la Directiva 2014/24/UE sobre el carácter excepcional de este procedimiento. Como ejemplo de medidas y orientaciones nacionales, en España, siguiendo el *Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*, la nota informativa emitida por Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado requiere la publicación de los contratos celebrados por la vía de la tramitación de emergencia, que incluye la justificación del procedimiento utilizado para la adjudicación, la mención del objeto del contrato, el precio de adjudicación o la identidad del contratista. Véase:

<https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/Notas/NOTA%20EMERGENCIA%20COVID-19%20F.pdf>

Este procedimiento es adecuado para comprar soluciones a las necesidades más urgentes durante el brote. Las soluciones deben tener un nivel de madurez tecnológico 9, es decir, el poder adjudicador está adquiriendo un producto ya disponible en el mercado.

El procedimiento está regulado en las Directivas europeas de Contratación Pública, que establecen todas las condiciones cumulativas que una entidad contratante diligente debe justificar para poder utilizarlo³⁵, a saber³⁶:

1. **En la medida en que sea estrictamente necesario:** La adquisición debe limitarse a la cantidad no solo estrictamente necesaria, sino también a la duración del contrato.
 - *Los procedimientos negociados sin publicación previa pueden ofrecer la posibilidad de satisfacer las necesidades inmediatas. Cubren el vacío existente hasta que puedan encontrarse soluciones más estables, como contratos marco de suministro y servicios adjudicados por medio de procedimientos ordinarios (incluidos los procedimientos acelerados).*
2. En situaciones de **extrema urgencia que hace imposible el cumplimiento de los plazos generales:**
 - *No puede dudarse de que las necesidades inmediatas de los hospitales y centros sanitarios (en términos de suministros, servicios y obras públicas) tienen que cubrirse con toda la rapidez posible.*
 - *Habrà que estudiar caso por caso si esto impide respetar incluso los muy breves plazos del procedimiento acelerado abierto o restringido (15 y 10 días, respectivamente, para presentar las ofertas), si bien es probable que así sea casi siempre, al menos por lo que respecta al enorme aumento de las necesidades a corto plazo a medida que sube la curva de infección.*
 - *Si se invoca la extrema urgencia, la necesidad de contratación ha de satisfacerse inmediatamente. La excepción no puede invocarse para adjudicaciones de contratos que tarden más de lo que habrían tardado si se hubiera recurrido a un procedimiento transparente, abierto o restringido, incluidos los procedimientos (abiertos o restringidos) acelerados*
3. **Resultante de:** Indica que hay un **nexo causal** entre el suceso imprevisto y la extrema urgencia que una autoridad contratante diligente no podría prever.
 - *Para cubrir las necesidades inmediatas de los hospitales y centros sanitarios en un plazo muy breve, no puede haber ninguna duda razonable acerca del nexo causal con la pandemia de COVID-19.*
4. **Sucesos imprevisibles para el poder adjudicador:** La urgencia no puede ser atribuible en ningún caso al poder adjudicador. Es decir, si la entidad contratante pudo haber previsto la necesidad, pero pospuso el procedimiento de adjudicación, el uso del procedimiento negociado sin publicación previa debido a la extrema urgencia no estará justificado. Por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador deba cumplir con plazos impuestos por otra autoridad pública o por normativa no puede considerarse como una urgencia extrema resultante de un evento imprevisible³⁷.

³⁵ Véanse los artículos 32.2.c de la Directiva 2014/24/UE, 50.d la Directiva 2014/25/UE y 28.1.d de la Directiva 2009/81/UE.

³⁶ El texto en cursiva pertenece a la Comunicación de la Comisión: Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del COVID-19. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401(05)&from=EN)

³⁷ Véase al respecto la sentencia del TJUE de 2 de junio de 2005, C-394/02, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Helénica, ECLI:EU:C:2005:336

Si la necesidad sigue siendo urgente, pero el evento ya es previsible para los poderes adjudicadores, este procedimiento excepcional no será válido y deberán recurrir a los procedimientos abiertos y restringidos con reducción de plazos. Este detalle es importante porque cuando la crisis de COVID-19 se estabilice, muchos suministros seguirán siendo urgentes, pero ya no se podrá alegar la imprevisibilidad del evento. En consecuencia, los poderes adjudicadores deberían prepararse para la siguiente fase.

- *El número de pacientes de COVID-19 que necesitan tratamiento médico aumenta cada día, y es previsible que siga aumentando en la mayoría de los Estados miembros hasta que alcance el pico.*
- *Estos sucesos y, en particular, su desarrollo específico deben considerarse imprevisibles para cualquier poder adjudicador. Es ciertamente imposible prever y planificar con anticipación las necesidades específicas de los hospitales y otros centros sanitarios en lo tocante a proporcionar tratamiento, equipos de protección individual, respiradores, camas adicionales o infraestructuras hospitalarias y de cuidados intensivos adicionales, con todos los equipos técnicos que esto lleva aparejado; por tanto, esto constituye un suceso imprevisible para los poderes adjudicadores*

5. **La extrema urgencia hace imposible el cumplimiento de los plazos generales:** La urgencia debe ser tan extrema que los procedimientos abierto o restringido con reducción de plazos (que aún en menor grado, siguen cumpliendo con el principio de transparencia y competencia) no permitirían adquirir la solución lo suficientemente rápido.

Una señal clara de que el procedimiento no se ha utilizado correctamente es que transcurra mucho tiempo entre la decisión de comprar los productos, la apertura del procedimiento negociado sin publicación previa y la adjudicación y el inicio de la ejecución del contrato (por ejemplo, la entrega de suministros). Esto es contrario a lo que se entiende por "*estrictamente necesario*" y demuestra que un procedimiento abierto o restringido con reducción de plazos era viable³⁸.

6. **Las circunstancias alegadas para justificar la urgencia imperiosa no deberán en ningún caso ser imputables a los poderes adjudicadores:** Este último requisito está relacionado con el cuarto.

Como este procedimiento constituye una derogación del principio de transparencia del TFUE (ya que no es necesario publicar el procedimiento de adjudicación), solo puede utilizarse en las circunstancias excepcionales descritas en las disposiciones de las Directivas, que deben interpretarse de manera restrictiva. Además, los poderes adjudicadores que utilizan el procedimiento tienen la carga de la prueba de que se aplican todas las condiciones, y deberán conservar todos los documentos y expedientes que justifiquen su decisión de cara a una futura fiscalización y auditoría³⁹.

Incluso si las Directivas no lo mencionan, es recomendable contactar a más de un proveedor (aunque las negociaciones directas y la adjudicación a un solo proveedor sean también posibles). Esta es una medida positiva, ya que este ligero aumento de la competición reducirá los precios, permitiendo a la entidad contratante hacer un uso más eficiente de los recursos públicos⁴⁰. Una opción para ello sería

³⁸ Véase al respecto la sentencia del TJUE de 15 de octubre de 2009, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania, C-275/08, ECLI:EU:C:2009:632

³⁹ Véanse al respecto las sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2004, asunto C-19/13, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana, ECLI:EU:C:2004:522, de 2 de junio de 2005, C-394/02, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Helénica, ECLI:EU:C:2005:336 y de 15 de octubre de 2009, C-275/08, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania, ECLI:EU:C:2009:632.

⁴⁰ En una situación de urgencia extrema, debe prevalecer la agilidad. Sin embargo, una posibilidad, como se propone en España, sería presentar recursos posteriormente ante los tribunales (en España, los Tribunales

visitar a diferentes proveedores que tengan existencias del producto requerido. Si debido a las prohibiciones de cuarentena esta posibilidad queda descartada, las negociaciones por teléfono, correo electrónico u otras herramientas en línea (teniendo en cuenta que se debe mantener un registro adecuado) son una buena elección.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴¹ exige que el uso de este procedimiento sea excepcional. Para que los poderes adjudicadores puedan negociar directamente con los posibles contratistas todas las condiciones arriba mencionadas deben cumplirse de forma cumulativa y deben interpretarse de manera restrictiva. La adjudicación directa a un operador económico preseleccionado sigue siendo la excepción, disponible únicamente si además, la empresa puede cumplir con las limitaciones técnicas y de tiempo impuestas por la extrema urgencia. Cada entidad contratante deberá evaluar caso por caso si se cumplen las condiciones que permiten recurrir a este procedimiento excepcional: (i) los eventos son imprevisibles para la entidad contratante; (ii) extrema urgencia que hace imposible el cumplimiento de los plazos generales; (iii) nexo causal entre el suceso imprevisto y la extrema urgencia; y (iv) el vacío existente hasta que puedan encontrarse soluciones más estables. La elección de dicho procedimiento debe justificarse en un informe⁴².

- **Procedimientos abierto y restringido con reducción de plazos⁴³**

En caso de urgencia, estos deberían ser los procedimientos preferidos⁴⁴, ya que permiten acortar los plazos, pero siguen garantizando la transparencia y la igualdad de trato, lo que ha sido destacado por las *Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del COVID-19*, ya analizada.

En estos procedimientos abreviados, la urgencia que debe hacer imposible la aplicación de los plazos normales (porque en caso contrario, estos deberán seguirse), debe estar debidamente justificada por el órgano de contratación. Es decir, el poder adjudicador tiene la carga de la prueba, lo que significa que deben conservar todos los expedientes y documentos que justifiquen su decisión. Sin embargo, esta carga de la prueba no es tan gravosa como en el caso del procedimiento negociado sin publicación previa.

En el procedimiento abierto, los licitadores dispondrán de al menos 15 días a partir de la fecha en que se envió el anuncio de licitación para presentar sus ofertas.

Y en el procedimiento restringido y en el procedimiento de licitación con negociación, se indicará a los licitadores que presenten sus solicitudes para participar en un plazo no inferior a 15 días a partir de la

Administrativos de Contratación Pública). Será allí donde se dilucide si se ha actuado de manera anticompetitiva o abusiva.

⁴¹ Véanse, por ejemplo, los asuntos C-275/08, Comisión/Alemania, y C-352/12, Consiglio Nazionale degli Ingegneri.

⁴² Artículo 84.1.f de la Directiva 2014/24/UE.

⁴³ El procedimiento de licitación con negociación está sujeto a las mismas reducciones en los plazos que el procedimiento restringido. Ver artículo 29.1. *in fine* de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 47.2 de la Directiva 2014/25/UE.

⁴⁴ Los poderes adjudicadores/compradores públicos deben indicar los motivos por los que estos procedimientos no pueden utilizarse, en caso de que decidan utilizar el procedimiento excepcional negociado sin publicación previa.

fecha en que se envió el anuncio de licitación. Los candidatos seleccionados deberán presentar sus ofertas en un plazo no inferior a 10 días a partir de la fecha de envío de la invitación a licitar⁴⁵.

3.2. La metodología EAFIP

La metodología EAFIP recomienda 5 pasos fundamentales, cuya duración puede reducirse según la urgencia:

1. Identificar necesidades: determinar cuáles son extremadamente urgentes, urgentes o no urgentes⁴⁶.
2. Entender las posibilidades legales de contratación disponibles para satisfacer estas necesidades.
3. Redactar un modelo de negocio para justificar la urgencia de las necesidades, identificar la rentabilidad e informar la licitación.
4. Encontrar proveedores que puedan entregar suministros y servicios a corto plazo.
5. Redactar especificaciones técnicas y criterios de adjudicación que reflejen el modelo de negocio, así como redactar contratos.



Metodología EAFIP del modelo de negocio

Fuente: EAFIP - Metodología del modelo de negocio, Dr. R. Apostol y Dr. A. Rainville

⁴⁵ Véanse los artículos 27.3 y 28.6 de la Directiva 2014/24/UE, los artículos 45.3, 46 .2 de la Directiva 2014/25/UE y el artículo 33.7 de la Directiva 2009/81/CE.

⁴⁶ Para obtener ayuda en identificar unidades funcionales, considere también los objetivos relevantes de la política organizacional, artículos revisados entre homólogos, etc. Por ejemplo, para los resultados de los pacientes: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2352013214000088>

Una identificación de necesidades (extremadamente) urgentes y un análisis del Estado de la Técnica (SOTA en sus siglas en inglés) se pueden realizar en pocos días⁴⁷. El análisis del Estado de la Técnica se puede utilizar para identificar la tecnología ya existente a través del estudio de la propiedad intelectual en dominio público. Un análisis del Estado de la Técnica durante la crisis de COVID-19 también puede ayudar a comprender nuevas alianzas, panoramas que cambian rápidamente, la elevada incertidumbre, así como la extrema y dispersa demanda. También es una herramienta muy útil para identificar proveedores que poseen propiedad intelectual que satisface las necesidades de los usuarios y los requisitos técnicos en la jurisdicción correspondiente.

Disponer de las herramientas y las capacidades adecuadas pueden reducir los plazos necesarios para realizar el análisis a un solo día. El uso de plataformas de búsqueda y análisis como IPlytics, utilizando palabras clave y derivadas que reflejen las necesidades del usuario dentro del ámbito de la solución puede ser efectivo⁴⁸. Es necesario que expertos técnicos en materia de patentes revisen los resultados para establecer su relevancia. Si ya hay una solución en el mercado, se podrá contactar con los fabricantes, distribuidores e intermediarios relevantes, por ejemplo, mediante las Consultas preliminares del Mercado (OMC en sus siglas en inglés).

El siguiente paso serían las Consultas preliminares (y ágiles) del Mercado para verificar los resultados provisionales. Estas pueden realizarse a través de medios electrónicos o webinars. Su divulgación puede garantizarse a través de canales específicos. Por ejemplo, EASME tiene una red de más de 6000 empresas europeas de alta tecnología, el 40% de las cuales trabajan en el sector de la salud⁴⁹.

Por último, para elaborar un (extremadamente) urgente modelo de negocio, la metodología se puede configurar para:

- Cuantificar las unidades funcionales a partir de la evaluación de necesidades.
- Modelar relaciones entre unidades funcionales y resultados.
- Definir escenarios, incluyendo el escenario de no llevar a cabo ninguna acción.
- Elegir la herramienta adecuada para comparar entre opciones.
- Hacer cálculos en función de la herramienta elegida.
- Comparar resultados y determinar el mejor escenario.
- Planifique las futuras compras en base a los resultados.

En este contexto, el papel de los centros especializados (como IACS⁵⁰ en España e Innoviris⁵¹ en Bélgica) es de primordial importancia, pueden apoyar a los poderes adjudicadores en la identificación y análisis de necesidades, el análisis del Estado de la Técnica, la evaluación técnica, las pruebas de prototipos, así como dirigir al sector médico hacia los organismos encargados de la conformidad de los productos a los estándares y requisitos técnicos existentes⁵².

⁴⁷ Para obtener más información sobre la metodología y los plazos, consulte <https://eafip.eu/events/webinars/opportunities-to-tackle-the-covid-19-crisis-through-innovation-procurement/>

⁴⁸ Véase <https://www.iplytics.com/>

⁴⁹ Ejemplos de formas de invitar a empresas, Canadá: <http://www.ic.gc.ca/eic/site/080.nsf/eng/00048.html> y de formular especificaciones: <https://buyandsell.gc.ca/specifications-for-COVID-19-products>

⁵⁰ Véase www.iacs.es

⁵¹ Véase <https://innoviris.brussels/>

⁵² Véase también la *Recomendación de la Comisión 2020/403 sobre evaluación de la conformidad y procedimientos de vigilancia del mercado en el contexto de la amenaza COVID-19* en:

4. Contratación conjunta en una pandemia

Los esfuerzos del sector público pueden optimizarse tanto en términos de recursos como a escala de mercado a través de estrategias de compra conjunta. Las experiencias anteriores en Europa son una fuente de orientación sobre la base jurídica y la naturaleza de la contratación conjunta en una pandemia⁵³. Además, existe ya un modelo de contratación conjunta para los poderes adjudicadores europeos, redactado en forma de plantilla general.

El *'Informe de evaluación sobre las estrategias de vacunación contra la pandemia en la UE'*⁵⁴ de 2010 y las *'Conclusiones del Consejo de la Unión Europea sobre las lecciones aprendidas de la pandemia A/H1N1'*⁵⁵ identificaron una serie de deficiencias de los Estados Miembros en la adquisición de vacunas y antivirales durante la pandemia A/H1N1 en relación con el precio, la responsabilidad, la confidencialidad y la flexibilidad para ajustar las cantidades solicitadas a las necesidades reales.

El Consejo, en sus conclusiones del 13 de septiembre de 2010⁵⁶, invitó a la Comisión a desarrollar un mecanismo que permitiera a los Estados Miembros, de manera voluntaria, la adquisición conjunta de vacunas y medicamentos antivirales o tener criterios comunes para negociar contratos con la industria. El Consejo del 7 de diciembre de 2010 aprobó el *'Documento técnico sobre un mecanismo para la compra conjunta de vacunas y antivirales contra la gripe pandémica que permite a los Estados Miembros, de forma voluntaria, la adquisición común de estos productos o enfoques comunes para negociar contratos con la industria'*⁵⁷.

Además, la *Decisión No 1082/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud y por la que se deroga la Decisión n o 2119/98/CE*, regula el procedimiento de contratación conjunta en su artículo 5 y establece que este procedimiento será precedido por un Acuerdo de Adquisición Conjunta (JPA en sus siglas en inglés) que determine las disposiciones prácticas que rigen ese procedimiento y el proceso de toma de decisiones con respecto a la elección del procedimiento, la evaluación de las ofertas y la adjudicación de contratos. Así el Acuerdo de Adquisición Conjunta, que cubre al 100% de la población de la Unión Europea⁵⁸, regula todas estas cuestiones.

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a247dab0-6794-11ea-b735-01aa75ed71a1/language-en>

⁵³ Sobre la aplicación del principio de precaución ante los dilemas provocados por una crisis, véase la Comunicación de la Comisión: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21676661-a79f-4153-b984-aeb28f07c80a/language-en>

⁵⁴ Documento únicamente disponible en inglés. *'Assessment Report on EU-wide Pandemic Vaccine Strategies'* https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/communicable_diseases/docs/assessment_vaccine_en.pdf

⁵⁵ Documento únicamente disponible en inglés. *'Council conclusions on Lessons learned from the A/H1N1 pandemic – Health security in the European Union'*. http://attentialebuffle.it/wp-content/uploads/2010/09/CoE_Final-report.pdf

⁵⁶ Documento únicamente disponible en inglés. *'Council conclusions on Lessons learned from the A/H1N1 pandemic – Health security in the European Union'*. https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/preparedness_response/docs/council_lessonsh1n1_en.pdf

⁵⁷ Documento únicamente disponible en inglés. *'Employment, Social Policy, Health and Consumer Affairs'*. https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/lsa/118254.pdf

⁵⁸ Para ver la lista de los firmantes consulte https://ec.europa.eu/health/preparedness_response/joint_procurement/jpa_signature_en

En el contexto de la crisis de COVID-19, se han tomado varias medidas en el marco del Acuerdo de Adquisición Conjunta para la compra de equipos de protección, ventiladores y equipos de laboratorio⁵⁹.

Sin embargo, la compra conjunta cuando participan diferentes países o regiones de un mismo país⁶⁰ puede plantear desafíos interesantes. También desde una perspectiva económica, como se analiza en la siguiente sección.

5. Análisis económico

La lógica económica detrás de la adquisición conjunta de soluciones médicas incluye una serie de temas, algunos de los cuales se plantean a continuación.

Como demuestra la reciente compra conjunta de respiradores en la UE, una de las principales razones para las compras *coordinadas* es la rapidez con que se pueden adquirir dispositivos y tratamientos de carácter urgente en toda la UE. La compra en grandes cantidades de estos artículos es una tarea compleja y requiere organización y coordinación. Sin embargo, si se implementara efectivamente y de manera oportuna, podría proporcionar importantes beneficios a muchos países.

En situaciones de emergencia, como en el caso del coronavirus, la escasez (real o quizás también estratégica) de artículos médicos necesarios, se da cuando un gran número de pacientes necesitan tratamiento en períodos de tiempo limitados. En tales circunstancias, los precios pueden aumentar, especialmente si los compradores (hospitales, autoridades médicas, estados, etc.) no se coordinan y compran de manera individual, tratando de adelantarse unos a otros en una carrera competitiva con el objetivo de hacerse con todas las cantidades disponibles actualmente de los artículos necesarios. Esto puede deberse al temor de que, de no hacerlo, los productos dejarán de estar disponibles cuando se liciten los respectivos contratos, ya que los proveedores necesitan tiempo para producirlos.

Si se da esta situación, los precios podrían aumentar de manera generalizada para todos los poderes adjudicadores, aunque posiblemente menos para aquellos con mayor poder de compra. Como consecuencia, a los precios actualmente vigentes, los artículos médicos pueden resultar demasiado caros para los países con menor renta per cápita, y sus autoridades pueden verse en mayores dificultades para proveer de asistencia médica a la población.

Por estas razones, además de reducir la duración de las licitaciones, la compra conjunta de artículos médicos a nivel de la UE también podría ayudar a mitigar la acelerada escalada de precios, permitiendo a la mayoría de los países participantes asegurarse las existencias necesarias de medicamentos y dispositivos médicos a precios razonables.

Por lo tanto, si la coordinación es viable, eficiente y oportuna, será preferible a las iniciativas individuales. Sin embargo, incluso si se implementan compras coordinadas, los países de la UE que

⁵⁹ Los detalles y actualizaciones sobre las acciones en el marco del Acuerdo de Adquisición Conjunta durante la crisis COVID-19 se pueden encontrar en las referencias proporcionadas por MedTech Europe. <https://www.medtecheurope.org/covid-19-information-hub/>

⁶⁰ En España, por ejemplo, las compras conjuntas y/o agregadas están resultando difíciles de implementar. Hay muy pocos casos y su éxito ha sido muy relativo. Quizás una de las dificultades adicionales es que España es un Estado descentralizado, con 17 regiones autónomas y miles de organismos contratantes. En casos como en la pandemia actual, cada región autónoma intenta comprar de forma individual bienes escasos, sin acordar previamente quién los necesita con más urgencia o las cantidades apropiadas para cada caso.

participen en una adquisición conjunta tendrían que acordar cuántos lotes adquirir y si habría diferencias de precios entre los diferentes países según las diferencias en la renta media⁶¹.

Por ejemplo, si cada uno de los dos países A y B necesitan 50 unidades de un artículo, y deciden adquirir conjuntamente 100 artículos, ¿deberían diseñar la licitación en forma de un solo contrato de 100 artículos o especificar dos lotes diferentes, de 50 artículos cada uno, uno para cada uno de los países?

Un solo lote puede fomentar una mayor competencia entre los proveedores y, por lo tanto, precios más bajos para ambos países, así como mayores probabilidades de que todos los países obtengan todos los artículos demandados a precios razonables. Sin embargo, podría suceder que el precio obtenido en la licitación sea asequible para uno de los países, pero no tanto para el otro. Esta situación se podría producir cuando los países tienen una renta per cápita bastante diferente.

Una posible solución, que por supuesto requeriría voluntad política, sería introducir un mecanismo para diferenciar los precios entre países, dependiendo de la renta per cápita. Por ejemplo, si el precio de un solo artículo en un contrato único por 100 artículos es p , entonces el precio total pagado al contratista es $p \times 100$. Sin embargo, si la renta media en el país A es el doble que en el país B, entonces el país A pagaría una suma total de $(2/3) \times p \times 100$ y el país B una suma total de $(1/3) \times p \times 100$. Es decir, pagarían una cantidad diferente, proporcional a su renta media. La voluntad política sería necesaria, especialmente por parte del país A, para aceptar esta forma de subsidio del país A al país B. Sin embargo, en pandemias como el coronavirus, cada país también tiene un interés en que otros países mantengan bajo control la epidemia, lo que llevaría a considerar estas formas de apoyo a los países con ingresos medios más bajos.

Alternativamente, el contrato podría dividirse en dos lotes, uno para cada país; incluyendo también la posibilidad de combinar ambos lotes. Es decir, si los lotes son A y B, la autoridad contratante podría permitir a los participantes ofertar solo por A, solo por B y por ambos (A, B), lo que hace un máximo de tres ofertas por licitador. Esto puede introducir una mayor competencia, ya que tanto las compañías grandes como las pequeñas pueden tener la oportunidad de obtener el contrato, de acuerdo con sus capacidades. Sin embargo, el riesgo con dos lotes es que un lote puede quedar desierto, ya que los potenciales proveedores lo consideren de poco interés. Una solución a esta situación sería introducir una disposición en las reglas de la licitación estableciendo que, en caso de que uno de los lotes no reciba ninguna oferta, el contratista del otro lote se comprometerá a suministrar los bienes del otro lote, bajo algunas condiciones específicas.

6. Conclusiones y recomendaciones

La pandemia causada por el coronavirus COVID-19 ha generado una crisis sanitaria que ha llevado a que las autoridades contratantes necesiten soluciones innovadoras, alternativas y originales. En estos tiempos de crisis, la Compra de Innovación se hace más relevante que nunca, como parte integrante e indisoluble de un programa integral de contratación, que puede implementarse de una manera rápida y a pequeña escala con la metodología, las herramientas y la experiencia adecuadas.

A nivel europeo, diferentes documentos orientativos sobre las bases legales y las herramientas de contratación disponibles, proporcionan a los poderes adjudicadores los medios para preparar licitaciones correctamente. Se pueden implementar diferentes procedimientos de compra en situaciones de extrema urgencia, urgencia y sin urgencia. En este último caso, se pueden utilizar

⁶¹ Sobre el tema de la adquisición conjunta y los posibles desafíos, ver:
<https://www.howtocrackanut.com/blog/2020/4/4/the-eus-joint-procurement-agreement-how-does-it-work-and-why-did-the-uk-not-participate-procurement-pill-with-recording>

mecanismos a medio y largo plazo para acelerar el desarrollo de soluciones a un nivel de madurez tecnológico 3 para que alcancen un nivel 8. A corto, medio y largo plazo, los centros especializados (como IACS en España e Innoviris en Bélgica) pueden apoyar a los poderes adjudicadores en la identificación y análisis de necesidades, el análisis del Estado de la Técnica, la evaluación técnica, las pruebas de prototipos, así como dirigir al sector médico hacia los organismos encargados de la conformidad de los productos a los estándares y requisitos técnicos existentes.

La adquisición conjunta de medidas de salud pública puede resultar efectiva cuando los poderes adjudicadores alcanzan acuerdos prácticos que rijan el procedimiento y el proceso de toma de decisiones con respecto a la elección del procedimiento, la evaluación de las ofertas y la adjudicación del contrato. Desde una perspectiva económica, compartir esfuerzos y recursos puede plantear dificultades, pero también beneficios cuantificables.

Para que los compradores públicos afrenten tanto las crisis (como la pandemia COVID-19), como la senda hacia la innovación, es recomendable tomar medidas políticas, económicas y legales.

Desde una perspectiva política, es necesario:

- Planificar y repensar los procedimientos de contratación para ganar agilidad en los procesos de contratación pública, y abordar las crisis a nivel de la UE recurriendo a las herramientas ya existentes y compartiendo datos de manera rápida y precisa.
- Fomentar la Compra de Innovación para disponer de recursos suficientes para responder a las nuevas necesidades.
- Repensar cómo evitar bloqueos y dependencias de terceros países no pertenecientes a la UE, y traducir esto en necesidades que superen el estado actual de la técnica y que puedan afrontarse mediante la Compra de Innovación.
- Dirigir y coordinar las compras conjuntas de innovación regionales, nacionales y transfronterizas para evitar un comportamiento de la demanda competitivo entre regiones y Estados Miembros.

Desde una perspectiva comercial y económica, es posible:

- hacer uso de la sinergia entre compras y economía: la identificación temprana de necesidades puede impulsar y acelerar la innovación.
- utilizar la metodología EAFIP referida a la elaboración de modelos de negocio; y
- recurrir al análisis de mercado para comprender las capacidades del mercado y evitar el comportamiento oportunista de los proveedores.

Desde una perspectiva legal, es importante:

- Hacer uso de la flexibilidad que proporcionan las Directivas Europeas y seguir las recomendaciones proporcionadas en las Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública al redactar los informes de justificación legal con respecto al uso de procedimientos concretos. En especial en el caso de procedimientos excepcionales por urgencia extrema.
- Verificar si existen requisitos específicos y obligatorios en la legislación nacional.
- Usar fuentes abiertas/públicas como EAFIP y asociarse con expertos nacionales/regionales (como por ejemplo la red de abogados de EAFIP).



Cátedra **CORVERS**
de Compra Pública de Innovación
Universidad Zaragoza



CORVERS Chair
on Innovation Procurement
Universidad Zaragoza

Autores:

Prof. Nicola Dimitri

Prof. Dr. Pedro José Bueso Guillén

Prof. Dr. Carmen de Guerrero Manso

Mr. Stephan Corvers

Dr. Ana Isabel Peiró Baquedano

Ms. Ana Lucia Jaramillo Villacís

Abril 2020