

LA RECONFIGURACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN. COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 30 A 49

Miguel Ángel Bernal Blay (Universidad de Zaragoza); Carmen de Guerrero Manso (Universidad de Zaragoza); Isabel Gallego Córcoles (Universidad de Castilla-La Mancha);

1. El punto de partida: los modestos resultados de la ambiciosa reforma de los procedimientos de contratación pública de 2014

Uno de objetivos que perseguían las Directivas de 2014 fue la flexibilización y la simplificación de los procedimientos. Al servicio de tal fin, la Directiva 2014/24/UE y la Directiva 2014/25 UE renovaron en profundidad la arquitectura procedimental entonces existente. En aras de una mayor flexibilidad, se dotó a los compradores públicos de un amplio elenco de herramientas procedimentales, que, desarrolladas al detalle, se dirigen específicamente a los distintos tipos de necesidades que estos han de satisfacer. En todo caso, el contenido de las distintas Directivas es muy diferente; mientras que la Directiva 2014/23/UE no regula procedimientos de adjudicación, la Directiva 2014/25/UE reconoce a favor de los compradores públicos una libertad de elección muy superior a la reservada en la Directiva 2014/24/UE. En definitiva, la disciplina sobre los procedimientos de contratación hoy vigente ha resultado hartamente compleja y rígida, complejidad y rigidez que no han venido acompañadas de los resultados esperados.

Con rotundidad en el informe 28/2023 del Tribunal de Cuentas se constata que la gestión de la contratación “no se ha hecho más fácil”, destacándose, entre otros datos de interés, que “la duración media de los procedimientos ha aumentado en un 50% desde 2011”. Por ello recomienda “promover el desarrollo de procedimientos eficientes”.

Las medidas propuestas por la Comisión en relación con el diseño de los procedimientos de contratación se contienen en el Título I (“procedimientos de contratación pública”) de la Parte III (“procedimientos para los contratos públicos”) de la propuesta de Reglamento. Introducen un cambio en muchos aspectos radical de la regulación vigente y un avance nada desdeñable en la simplificación de las normas sobre adjudicación de contratos públicos.

2. Menos procedimientos, pero más flexibles

La propuesta de Reglamento reduce significativamente el número de procedimientos de adjudicación disponibles. Frente a los seis procedimientos que recogen actualmente la Directiva 2014/24/UE y la Directiva 2014/25/UE, se establecen solo cuatro (art. 31): procedimiento abierto, procedimiento dinámico, procedimiento de innovación y contratación directa (procedimiento especial).

El procedimiento abierto (arts. 36 a 38) es nuevo tipo procedimental que no tiene parangón en los sistemas tradicionales de contratación pública y que se caracteriza por su gran versatilidad, ya que bajo el mismo es posible articular distintas modalidades que pueden incluir o no fases de selección y/o negociación.

El procedimiento dinámico (arts. 39 a 43) permite disponer de una base de proveedores preconstituida que habilita después la adjudicación de contratos individuales. Aunque incluye elementos reconocibles de los vigentes sistemas dinámicos de adquisición, entre estos y el nuevo procedimiento existen diferencias notables, ya que el nuevo procedimiento es mucho más flexible.

El procedimiento de innovación (arts. 41 a 45) tiene como claro precedente el procedimiento de asociación para la innovación; podrá emplearse para abordar un reto social para el que los compradores públicos no hayan identificado una solución adecuada o deseable ya existente, que deberá ser desarrollada por el adjudicatario o los adjudicatarios en el transcurso del procedimiento de innovación (art. 31.2).

Por último, el tradicional procedimiento negociado sin publicidad se sustituye por un “procedimiento especial” que en realidad permite la contratación directa en supuestos específicos (arts. 46 a 48).

Además de todo ello, el art. 49 incluye una “herramienta especial”: las listas de cualificación para las entidades adjudicadoras definidas en el art. 8 de la propuesta de Reglamento. Aunque esta herramienta tiene como precedente los sistemas de clasificación de la Directiva sobre sectores especiales (Art. 77 Directiva 2014/25/UE), existen también cambios no menores respecto al precedente.

En definitiva, no sólo se reduce el número de procedimientos disponibles, sino que los procedimientos ordinarios (“principales”, según la exposición de motivos) se disciplinan de forma mucho más flexible, puesto que procedimiento abierto y procedimiento dinámico son dos herramientas multifuncionales idóneas en el contexto actual. Como contrapartida, se amplía el margen de decisión del comprador público y, por tanto, de su grado de profesionalización dependerá en buena medida el éxito de la reforma.

Además, el sistema resulta mucho más coherente, pues regirán idénticos procedimientos de adjudicación para contratos públicos, contratación en sectores especiales y concesiones. No obstante, la herramienta especial -las listas de cualificación- se reserva exclusivamente para las entidades adjudicadoras.

Finalmente, la simplificación de las normas que rigen los procedimientos de adjudicación es notable, pues la reducción de procedimientos y de sus correspondientes supuestos habilitantes disipa dudas interpretativas y favorece la seguridad jurídica. No obstante, en algunos aspectos específicos la disciplina propuesta de los procedimientos sigue caracterizándose por un grado nada desdeñable de complejidad.

3. Reglas más simples para la estimación del valor del contrato

El artículo 32 de la propuesta simplifica las reglas para la determinación el valor estimado del contrato.

El precepto consta de solo dos apartados:

- a) el primero establece la regla general (“la estimación se basará en el importe máximo que se destinará a la satisfacción de las necesidades durante toda la duración del contrato, ya sea adjudicado a uno o varios operadores económicos”);
- b) el segundo, donde se incluyen las mayores novedades, se refiere a los supuestos en los que los compradores públicos celebren más de un contrato sucesivo para satisfacer sus necesidades.

4. Nuevas formas de materializar las consultas de mercado

El art. 30 de la propuesta de Reglamento mantiene la posibilidad de recabar o aceptar información y asesoramiento del público en general, de expertos independientes, de autoridades públicas, de participantes en el mercado o de otras partes pertinentes. Como novedad se prevé que la información y el asesoramiento pueda adoptar la forma de

intercambios escritos u orales, demostraciones de prototipos, demostraciones en directo u otros formatos objetivos adecuados.

5. Generalización de la posibilidad de negociar en la adjudicación de todo tipo de contratos públicos

Uno de los debates recurrentes que surgen en el diseño de cualquier sistema de contratación está relacionado con el equilibrio entre flexibilidad y transparencia. Si bien la negociación con los licitadores puede favorecer la consecución de ofertas que se adapten mejor a las necesidades del comprador público, como contrapartida este instrumento puede comprometer la transparencia y la objetividad en la selección de las ofertas, o así al menos se ha entendido en determinados contextos. De ahí las reticencias a admitir con generosidad la negociación de los contratos en determinadas tradiciones jurídicas.

Las Directivas vigentes incorporaron puntos de equilibrio divergentes respecto a la posibilidad de negociación. Por un lado, la Directiva 2014/24/UE (contratos públicos) amplía los supuestos en los que es posible emplear la negociación sin que, no obstante, los procedimientos competitivos con negociación -diálogo competitivo, licitación con negociación y asociación para la innovación- se configuraran como procedimientos ordinarios. Por su parte, en la Directiva 2014/25/UE (“sectores especiales”) los tres procedimientos citados son procedimientos ordinarios. Finalmente, la Directiva 2014/23/UE (“concesiones”) establece un marco totalmente flexible ya que, como es sabido, no regula procedimientos de adjudicación.

La propuesta de Reglamento supone un trascendente punto de inflexión en la adjudicación de los contratos públicos ya que los dos procedimientos “principales” -procedimiento abierto y procedimiento dinámico- pueden incluir, si así lo decide el comprador público, negociaciones con los licitadores, independientemente de las características de la prestación que conforma el objeto del contrato. Y es que las negociaciones pueden “permitir a los compradores públicos mejorar la calidad, la eficiencia y el valor global de la solución contratada, especialmente cuando el objeto del contrato requiera una adaptación a las necesidades operativas o el equilibrio de consideraciones estratégicas” (cdo 17).

Por lo demás, la propuesta de Reglamento acota los aspectos susceptibles de negociación. Los poderes públicos podrán negociar todas las características no esenciales de las obras, los suministros y los servicios que se pretendan adquirir, lo que podrá incluir determinados elementos relacionados, por ejemplo, con el mérito técnico, la cantidad, las condiciones de entrega y otros aspectos comerciales (art. 33.2). Como límite, no podrán ser objeto de negociación los motivos de exclusión, los criterios de selección ni los criterios de adjudicación (art. 33.2). Frente a la regulación vigente, en algunos aspectos se reduce el ámbito de negociación del comprador público. Por un lado, en el actual del diálogo competitivo se permite la negociación de cualquier aspecto del contrato, incluidos los criterios de adjudicación (a diferencia del procedimiento de negociación con licitación y asociación para la innovación). Y también reconoce la controvertida posibilidad de que tras la adjudicación puedan llevarse a cabo cierto tipo de negociaciones con el licitador seleccionado (Art. 30.7 Directiva 2014/24/UE y 48.7 Directiva 2014/24/UE). Es evidente que la regulación proyectada no permite diseñar un procedimiento de contratación donde las posibilidades de negociación sean tan amplias. Por otro lado, la Directiva sobre sectores especiales ni siquiera establece actualmente límites a los aspectos que pueden ser objeto de negociación en el ámbito del procedimiento negociado con convocatoria de licitación previa (Art. 47 Directiva 2014/24/UE. Cfr. Art. 29 Directiva 2014/24/UE).

Las reglas que han de respetarse durante la negociación se recogen ahora en el art. 33 de la propuesta de Reglamento (“desarrollo de las negociaciones”), siendo comunes para todos los procedimientos. Aunque se parte del elenco de garantías establecido en la Directiva 2014/24/UE (Art. 29, apartado 5 y ss), se introducen algunas novedades de gran interés:

- Durante el desarrollo de las negociaciones no solo ha de respetarse el principio de igualdad de trato, sino también el de proporcionalidad (art. 33.1). Esta mención expresa al citado principio resulta pertinente dado que en la regulación proyectada se incrementa la discrecionalidad del comprador público.
- El principio de confidencialidad en las negociaciones se transforma en una obligación orientada al resultado que deja un mayor margen de decisión al comprador público. Se establece así que los compradores públicos velarán por que cualquier divulgación de información durante las negociaciones no afecte a los intereses comerciales de los operadores económicos que participen en dichas negociaciones (art. 33.1). En la regulación actual la obligación es más precisa y se hace depender de la voluntad de los operadores económicos (Arts. 29.3, 30.3 y 31.4 de la Directiva 2014/24/UE y arts. 47.2, 48.3 y 49.4 Directiva 2014/25/UE).
- Como garantía de una competencia efectiva, se refuerza el principio de transparencia. La información que ha publicarse en el resumen público de la licitación no sólo ha de ser suficientemente precisa (Arts. 29.1 y 31.1 de la Directiva 2014/24/UE y 49.1 Directiva 2014/25/UE), sino también “exhaustiva” y contener las condiciones esenciales del objeto del contrato, de forma que la decisión que adopten los operadores sobre su participación pueda adoptarse “legítimamente” (art. 33.2).
- Se establece expresamente que las negociaciones no modificarán sustancialmente el objeto del contrato (art. 33.2).
- Se mantiene la posibilidad de que las negociaciones se lleven a cabo en varias rondas. Ahora bien, ya no se exige que el comprador público indique en la documentación de la contratación si va a hacer uso de esta opción, de forma que este en principio puede conducir el procedimiento con mayor flexibilidad (art. 33.3).
- Se aclara el alcance de determinadas obligaciones de transparencia. Por un lado, se dispone que los compradores públicos informarán a los operadores económicos de cuándo comenzará una nueva ronda de negociaciones y de si serán o no invitados a participar en ella. Por otro, se aclara que solo se debe informar de cualquier modificación de los pliegos de condiciones o de otros aspectos de los detalles de la contratación a los licitadores cuyas ofertas no hayan sido descartadas (art. 33.3).

6. Supresión de la posibilidad de reducir el número de candidatos mediante criterios de selección

Actualmente, en los procedimientos restringidos, de licitación con negociación, diálogos competitivos y asociaciones para la innovación se puede limitar el número de candidatos que cumplen los criterios de selección a los que se invitará a licitar o a llevar a cabo un diálogo, siempre que se respete determinado número mínimo (Art. 65 Directiva 2014/24/UE y arts. 47.2, 48.1 y 49.1 Directiva 2014/25/UE). En términos casi telegráficos, la regulación tiene como objetivo salvaguardar la eficiencia del procedimiento de contratación, permitiendo al comprador público invitar sólo a aquellos candidatos más solventes, reduciendo de esta forma la duración y complejidad de la fase de valoración de las ofertas.

En la regulación proyectada, sin embargo, el comprador público puede establecer criterios de selección en los procedimientos abierto, dinámico y de innovación. Pero estos no servirán en principio para limitar el número de empresas que pueden presentar ofertas. De hecho, este tipo de reducción solo se prevé en el ámbito del procedimiento dinámico y se realizará bien a partir de un algoritmo, bien a través de criterios objetivos y no discriminatorios (vid. *infra*).

En un contexto en el que precisamente el número de ofertas recibidas ha ido paulatinamente descendiendo y en el que existe la necesidad de simplificar los procedimientos, esta novedad resulta absolutamente razonable. Por lo demás, está en consonancia con el progresivo incremento del uso de procedimientos abiertos frente a los restringidos (European Comisión -2025-, *Cost-Benefit Analysis on the Quality and Efficiency of Public Procurement Procedures*).

7. Procedimiento abierto: un instrumento flexible con múltiples modalidades

En la propuesta de Reglamento se contiene una nueva versión del procedimiento abierto, concebida como un instrumento flexible que permitirá a los compradores públicos una mayor libertad para estructurar sus procesos de compra.

En primer lugar, el comprador público podrá decidir aplicar o no criterios de selección, que ahora se conciben con un carácter más restrictivo (vid. art. 27). El resumen público de la licitación indicará si se aplican criterios de selección (art. 34.1).

En segundo lugar, el procedimiento abierto puede tramitarse bien incluyendo una fase de negociación, bien sin que exista dicha fase. De esta forma, el comprador público deberá establecer en el resumen público de la licitación si tiene intención de negociar (art. 34.1). Ello marcará el desarrollo del procedimiento de contratación:

- Cuando un comprador público haya indicado que no tiene intención de negociar, adjudicará el contrato a uno o varios operadores económicos que no se encuentren en situación de exclusión y que, en su caso, cumplan los criterios de selección. El contrato se adjudicará sobre la base de las primeras ofertas presentadas (art. 34.3).
- Cuando el comprador público haya indicado que tiene la intención de negociar, enviará una invitación a negociar a todos los operadores económicos interesados que no se encuentren en situación de exclusión y, en su caso, que cumplan los criterios de selección. Cuando el comprador público haya decidido dar por concluidas las negociaciones y haya invitado a cada uno de los operadores económicos restantes a presentar una oferta definitiva, el contrato se adjudicará sobre la base de dichas ofertas definitivas (art. 34.5).
- Como en la regulación vigente del procedimiento de licitación con negociación de la Directiva clásica (art. 29.4 Directiva 2014/24/UE), los compradores públicos podrán decidir no negociar, a pesar de haber manifestado su intención de hacerlo, y proceder en su lugar a la adjudicación del contrato sobre la base de las primeras ofertas, siempre que se hayan reservado esa posibilidad en el resumen público de la licitación (art. 34.4). La finalidad de esta regla, cuya aplicación práctica puede suscitar dudas, es evitar que las primeras ofertas presentadas sean meramente especulativas.
- Finalmente, se introduce un único plazo mínimo de 20 días para la presentación de las ofertas (que irán acompañadas de manifestaciones de interés).

8. Procedimiento dinámico: una nueva (y profunda) vuelta de tuerca a los sistemas dinámicos de adquisición

El nuevo procedimiento dinámico pretende ser una herramienta fácil de usar, rápida y ágil para realizar contrataciones a partir de una base de proveedores preconstituida, contactando, con antelación a la adjudicación de los contratos individuales, con todos los operadores económicos interesados disponibles para ejecutar el contrato a lo largo de su vigencia (Cdo. 19).

Aunque el procedimiento dinámico comparte objetivos con los sistemas dinámicos de adquisición y su denominación evoca a esta técnica de agregación de la demanda, lo cierto es que existen profundas diferencias entre éstos y el nuevo procedimiento:

- a) Su utilización no se limita a compras corrientes. Los compradores públicos podrán utilizar este procedimiento “independientemente del tipo de obras, suministros o servicios que se necesiten” (art. 31) por lo que se amplía notablemente el ámbito de aplicación del procedimiento.
- b) No se exige que el procedimiento sea electrónico.
- c) Los compradores públicos podrán elegir entre llevar a cabo un procedimiento dinámico sin criterios de selección o un procedimiento dinámico con criterios de selección (art. 37.2).
- d) En la adjudicación de los contratos individuales podrá emplearse la negociación (art. 37.2).

La puesta en marcha del procedimiento dinámico se realizará a través de la publicación de un resumen de la licitación en el que se indicará el plazo de validez del procedimiento y si se emplearán o no criterios de selección y negociación (art. 37.1). Los operadores económicos podrán solicitar adherirse a él durante toda su vigencia, presentando una manifestación de interés. Cuando se hayan fijado criterios de selección, el comprador público admitirá a los operadores económicos sobre la base de los criterios de selección indicados en el resumen público de la licitación (art. 39.2).

La adjudicación de los contratos individuales basados en el procedimiento dinámico requiere que los compradores públicos informen a todos los operadores económicos incorporados sobre el contrato individual que se va a adjudicar, incluyendo la descripción precisa, la cantidad y el calendario de la compra en cuestión. Además, deberán invitar a todos ellos a manifestar su interés en el contrato específico que se va a adjudicar, fijando un plazo razonable para ello (arts. 38.2 y 39.2).

Tras la recepción de las manifestaciones de interés, los compradores públicos invitarán a todos o a parte de los operadores económicos que hayan manifestado su interés a presentar una oferta o a presentar una primera oferta seguida de negociaciones (según el procedimiento dinámico se haya configurado con o sin negociación). Probablemente, uno de los aspectos más llamativos del nuevo procedimiento es que la selección de los operadores económicos se realizará de forma distinta dependiendo de si se han fijado o no criterios de selección.

- Si no se han fijado criterios de selección, el comprador público podrá invitar únicamente a cinco o a un número mayor de operadores económicos. Para ello, empleará una determinación algorítmica aleatoria e indiscriminada, e informará a través del sistema de elegibilidad a todos aquellos que no hayan sido invitados (art. 38.3).

- Si se han fijado criterios de selección, podrá invitar únicamente a un subconjunto de los operadores económicos que hayan manifestado su interés en el contrato específico

sobre la base de criterios o normas objetivos y no discriminatorios, siempre que los hayan indicado en el resumen público de la convocatoria de licitación al iniciar el procedimiento dinámico (art. 39.4).

El procedimiento dinámico, en definitiva, pretende superar los límites que actualmente restan operatividad a los sistemas dinámicos de adquisición. Establece un instrumento realmente dúctil que, en la regulación proyectada, puede emplearse para todo tipo de contrataciones. El comprador público tiene una gran discrecionalidad para diseñar el procedimiento, hasta el punto de que, en determinados supuestos, será difícil que el resultado de dicha configuración sea un procedimiento ágil y rápido (así si se incluyen criterios de selección, limitación de operadores económicos y posterior negociación).

Finalmente, suscita serias dudas la disciplina proyectada sobre limitación de operadores económicos, pues no parecen a priori justificadas algunas de las diferencias existentes en la regulación las dos modalidades de procedimiento dinámico, divergencias que afectan al número mínimo de operadores económicos a invitar, publicidad de la fase de selección, etc. Por lo demás, se permite realizar una selección de operadores económicos a través de un algoritmo cuando no se hayan fijado criterios de selección. Esta original fórmula de selección es realmente ágil, pero puede producir el efecto perverso de privar de la posibilidad de presentar ofertas a aquellos licitadores que estén en mejores condiciones de realizar la prestación. Por el contrario, si se han fijado criterios de selección, se emplearán “criterios o normas objetivos y no discriminatorios”, que aparentemente, no tienen por qué coincidir con los criterios de selección.

9. El nuevo procedimiento de innovación: de la asociación para la innovación a un procedimiento de co-creación de soluciones para lograr su implantación real

La propuesta de Reglamento introduce en los artículos 41 a 45 un procedimiento de innovación concebido de manera notablemente más amplia y estructurada que la asociación para la innovación. La nueva propuesta del Reglamento se orienta a la resolución de los retos sociales que motivan la utilización de este procedimiento y, para ello, promueve la creación de un marco objetivo para valorar en qué medida las soluciones propuestas contribuyen a resolver dichos retos. En línea con ello, el considerando 20 explica expresamente que se pretende permitir la «co-creación» de soluciones innovadoras mediante un procedimiento competitivo en el que los operadores desarrollen soluciones a partir de los retos identificados por el comprador.

Esta transformación se refleja con especial claridad en el artículo 41. El marco de evaluación del valor debe utilizar indicadores de rendimiento objetivos y cuantificables e incorporar un sistema de puntuación y umbrales mínimos para pasar de una fase a otra. Entre los elementos que pueden integrar dicho marco aparecen, entre otros, el aumento del valor para el usuario, los resultados de sostenibilidad, la mejora de la protección de la salud, la reducción de impactos ambientales, la seguridad y resiliencia y el ahorro de costes frente a soluciones tradicionales.

Ahora bien, esta mayor objetivación plantea también un problema. Cuanto más innovadora y abierta sea la solución buscada, más difícil puede resultar anticipar indicadores objetivos y cuantificables capaces de medir adecuadamente su valor. Existe, por ello, una tensión entre dos objetivos de la regulación: permitir soluciones verdaderamente disruptivas y, al mismo tiempo, obligar al poder adjudicador a definir *ex ante* cómo va a medir su valor. El riesgo es que el segundo objetivo termine favoreciendo soluciones incrementales, más fácilmente mensurables, en detrimento de innovaciones cuyo valor no pueda determinarse con precisión antes de su experimentación.

a) La consulta de mercado se convierte en una fase estructural del procedimiento

Según lo dispuesto en el artículo 42 de la propuesta, antes de iniciar el procedimiento de innovación, el comprador público debe realizar una consulta de mercado de una duración mínima de dos meses, salvo que justifique una duración inferior atendiendo a las características del contrato. La consulta debe incluir una descripción preliminar del reto social, un marco preliminar de evaluación del valor y una invitación a formular observaciones y entablar un diálogo. Una vez terminada, el comprador debe configurar definitivamente el reto, los requisitos funcionales mínimos, el marco de evaluación y otros elementos esenciales del procedimiento.

La obligación de realizar una consulta al mercado en estos casos resulta especialmente acertada y alineada con la propia naturaleza de la innovación. Si el comprador pretende adquirir algo que no existe todavía en el mercado, necesita disponer de información suficiente para determinar qué es realmente innovador, qué prestaciones son técnicamente viables, qué coste y duración son adecuados y qué resultados pueden exigirse razonablemente.

Desde la perspectiva de la agilidad, el establecimiento del plazo de dos meses resulta más discutible. El procedimiento de innovación comprende fases de selección, desarrollo, pruebas, validación, evaluación y negociación, por lo que esa obligación podría alargar el ciclo precisamente en ámbitos en los que la rapidez en la incorporación de soluciones innovadoras puede ser un objetivo relevante. No obstante, la propuesta permite reducir los dos meses cuando ello esté justificado por las características del contrato, lo cual podría solucionar este inconveniente. En todo caso, habría sido positivo incorporar a la regulación qué tipo de criterios podrían causar esa justificación. Esto deja un margen de apreciación considerable al comprador público y puede generar divergencias en la práctica.

b) La selección incorpora expresamente la viabilidad y escalabilidad de la innovación

El artículo 43 introduce una selección en dos fases, en clara continuidad con la regulación anterior. Primero se comprueba la ausencia de causas de exclusión, los eventuales criterios de selección y el cumplimiento de los requisitos funcionales mínimos. Después se valoran el potencial innovador y la capacidad para afrontar el reto social, así como la viabilidad y escalabilidad de la propuesta, incorporando estos relevantes aspectos que potenciarán el desarrollo e implantación real de soluciones, trascendiendo de los meros prototipos.

Sin embargo, la propuesta establece la “viabilidad” y la “escalabilidad” como conceptos abiertos, que pueden depender de variables tan diversas como las tecnológicas, financieras, organizativas o incluso de mercado. La propuesta exige un marco de evaluación objetivo y cuantificable, pero no ofrece una definición normativa de estos conceptos. Será necesario, por tanto, que la práctica administrativa desarrolle criterios suficientemente verificables para evitar que la valoración de estos importantes elementos se convierta en un factor de discrecionalidad difícilmente controlable.

c) La fase de pruebas y validación adquiere autonomía propia

El artículo 44 configura como fase específica las pruebas, validación y evaluación de las propuestas. Los operadores pueden ajustar y mejorar sus soluciones durante esta fase con el objetivo de cumplir los requisitos funcionales mínimos y aumentar su valor añadido. Al término de las pruebas se realiza una evaluación final y se adopta una decisión

positiva o negativa sobre el paso a la fase de adjudicación, decisión que además debe publicarse mediante un resumen público.

Esta propuesta de 2026 individualiza y regula con bastante detalle la experimentación y validación de las soluciones. Esto es coherente con un procedimiento cuyo objeto no es simplemente investigar, sino llegar a una solución que pueda ser posteriormente desplegada. La experimentación deja de ser una actividad implícita del proceso de I+D para convertirse en un elemento jurídicamente reconocible dentro del procedimiento de contratación.

d) La adquisición posterior: la cuestión central

La mayor novedad práctica aparece en el artículo 45. Una vez obtenida una evaluación positiva, el comprador invita a negociar a cada operador que haya superado la fase anterior. Quedan fuera de la negociación el reto social, los requisitos funcionales mínimos y el marco de evaluación del valor. Serán objeto de negociación los aspectos relativos a la implantación: alcance comercial, derechos de explotación, precios, volúmenes, mantenimiento, actualizaciones, servicios y distribución de riesgos técnicos y comerciales.

Si la negociación tiene éxito, el contrato de despliegue se adjudica directamente al operador cuya solución haya superado satisfactoriamente el procedimiento; cuando existen varias soluciones seleccionadas, puede adjudicarse a los correspondientes operadores. Estas adjudicaciones pueden producirse durante un período máximo de cinco años desde la publicación de la decisión positiva. Esta lógica de adjudicación directa no es enteramente nueva, puesto que estaba presente en la última fase de la asociación para la innovación. Lo verdaderamente significativo es cómo se articula ahora esa adquisición.

En primer lugar, la propuesta precisa que la negociación posterior se refiere al despliegue lo cual proporciona mayor seguridad jurídica que una formulación genérica de la adquisición posterior.

En segundo lugar, se introduce expresamente una estrategia de salida, con criterios objetivos para determinar cuándo las negociaciones han fracasado. Se trata de una previsión razonable, porque evita que la fase final pueda prolongarse indefinidamente.

En tercer lugar, propuesta establece un período máximo de cinco años para realizar las adquisiciones derivadas de la decisión positiva. Recuérdese que la LCSP establece, cuando la adquisición implica prestaciones sucesivas, un máximo de cuatro años desde la resolución sobre la adquisición. El plazo de cinco años puede facilitar la explotación comercial de soluciones innovadoras que necesiten un período prolongado de maduración, pero también prolonga el efecto de cierre de mercado derivado de la selección inicial. El carácter competitivo de las fases previas del procedimiento de innovación y el especial esfuerzo que supone desarrollar este tipo de actuaciones puede justificar esta limitación temporal, de manera que la adjudicación directa posterior no equivale a una contratación directa convencional.

No obstante, resulta esencial conocer qué adquisiciones quedan cubiertas por esa adjudicación derivada. El artículo 45 limita los volúmenes finales de adquisición a los anunciados en el artículo 42, lo que constituye una salvaguarda importante. Sería conveniente interpretar estrictamente esa previsión: el procedimiento de innovación no debería utilizarse para generar, a través de un primer contrato de desarrollo relativamente abierto, una habilitación general para futuras adquisiciones durante cinco años.

La cuestión adquiere todavía mayor importancia cuando se han seleccionado varias soluciones. El artículo 45 permite adjudicar directamente a los operadores correspondientes, pero no desarrolla en este precepto cómo se determina la distribución de la demanda entre ellos. La solución parece coherente cuando cada solución responde a necesidades diferentes o cuando se pretende mantener varias alternativas, pero resulta menos clara si las distintas soluciones son sustitutivas y todas podrían satisfacer la misma necesidad o el mismo reto social que originó el procedimiento de innovación. En ese caso, debería quedar perfectamente determinado desde el inicio cómo se decide qué solución se adquiere, para evitar que la fase de despliegue reintroduzca una discrecionalidad que la fase competitiva pretendía precisamente limitar.

d) Valoración global

El nuevo régimen supone, en definitiva, una evolución sustancial de la asociación para la innovación, pero no una ruptura con ella. La estructura básica continúa siendo reconocible: necesidad no satisfecha por el mercado, procedimiento competitivo, desarrollo en fases, objetivos y evaluación, protección de la información y posterior adquisición de la solución desarrollada.

La novedad se encuentra principalmente en la reconfiguración del instrumento: se sustituye la idea relativamente estática de asociación para la innovación por un procedimiento concebido como un ciclo de identificación del reto, consulta al mercado, co-creación, experimentación, validación y adquisición comercial. El procedimiento de innovación pretende, además, abarcar desde fases tempranas de investigación hasta la implantación comercial, distinguiéndose expresamente de la contratación precomercial de servicios de I+D.

La opción es jurídicamente coherente con una contratación pública orientada a obtener resultados y no simplemente prestaciones. Su principal virtud es que integra en un único procedimiento las actividades que conducen desde la identificación de una necesidad pública no resuelta hasta la adquisición de la solución capaz de satisfacerla, tratando de clarificar y potenciar el desarrollo y adquisición de las soluciones innovadoras.

Pero precisamente por esa amplitud aumentan las exigencias que recaen sobre el comprador público. El diseño del reto social, el desarrollo de la consulta al mercado, los indicadores de valor, los requisitos funcionales, los criterios de selección, la evaluación de la viabilidad y escalabilidad, el diseño de las pruebas y la posterior negociación requieren un grado elevado de capacidad técnica y de planificación. La propuesta pretende facilitar la innovación, pero no elimina la complejidad administrativa inherente a contratar algo que todavía no existe; en buena medida, la desplaza hacia la fase de preparación y diseño del procedimiento. De esta manera será más fácil conseguir el resultado buscado.

Hay además una cuestión que merece ser destacada: el Reglamento establece un procedimiento mucho más detallado, pero no resuelve por sí mismo el problema de la capacidad administrativa necesaria para utilizarlo correctamente. En la práctica, la efectividad del nuevo instrumento dependerá de que los compradores públicos entiendan los retos sociales, sepan diseñar correctamente las diversas fases del procedimiento y sean capaces de evaluar soluciones tecnológicas y económicas y gestionar negociaciones complejas. La regulación reduce incertidumbres jurídicas, pero no necesariamente las dificultades técnicas. Para ello será imprescindible potenciar la profesionalización de los diversos actores que participan en los procedimientos de innovación.

Finalmente, la regulación de la adquisición directa posterior debe interpretarse como una excepción funcionalmente vinculada a la competencia desarrollada durante el procedimiento de innovación, y no como una nueva modalidad general de contratación directa. El propio considerando 22 insiste en que la adjudicación sin concurso previo debe seguir siendo excepcional y sólo justificarse cuando la competencia sea objetivamente imposible o manifiestamente inadecuada. Precisamente por ello, resulta importante mantener conceptualmente separada esta adquisición derivada de los procedimientos de adjudicación directa de los artículos 46 a 48, que responden a una lógica diferente y que analizaría separadamente.

En suma, la principal aportación del nuevo régimen no es haber creado la posibilidad de desarrollar y posteriormente adquirir una innovación -eso ya estaba en las Directivas de 2014 y en la LCSP-, sino haber convertido esa posibilidad en un procedimiento mucho más completo, detallado, orientado a retos sociales, con consulta de mercado obligatoria, evaluación objetiva del valor, experimentación y validación expresamente reguladas y una fase final de implantación comercial directamente conectada con el procedimiento competitivo previo, que conecta con la viabilidad y escalabilidad valoradas en este procedimiento. La contrapartida es una mayor complejidad de diseño y una cuestión especialmente delicada de control de la adjudicación directa posterior, sobre todo por la extensión hasta cinco años y por la regulación de los supuestos en los que pueden coexistir varias soluciones seleccionadas.

Es preciso apuntar, asimismo, que también se acaba de publicar la propuesta de Reglamento de Innovación de la Unión Europea (“Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework of measures for strengthening the Union innovation ecosystem and amending Regulation (EU) 2017/1001 (European Innovation Act)”, por lo que la apuesta por la innovación en la Unión Europea es clara.

10. Los supuestos de adjudicación directa

Bajo la caracterización de “procedimientos y herramientas especiales” se vienen a regular supuestos de adjudicación directa, ahora definidos como supuestos en los que los compradores públicos podrán “adjudicar un contrato público solicitando una solución directamente a uno o varios operadores económicos sin necesidad de un proceso competitivo ni de la publicación previa de información sobre la licitación” (art.46). Para articular esa solicitud, los compradores podrán utilizar -indistintamente- tres vías: formular una invitación a negociar, una solicitud de presentación de una oferta o una solicitud de entrega de la solución contra factura.

Lógicamente, esos procedimientos especiales no son de utilización libre, sino que se sujetan a la concurrencia de alguno de los supuestos a los que se refieren los arts. 47 o 48. Entre ellos se recogen, en primer lugar, aquellos en los que la solución necesaria solo puede ser suministrada por un operador económico concreto y no existe ninguna alternativa o sustituto razonable (que antes se adjudicaban por procedimiento negociado sin publicidad -y se recogían en el art. 32.2.b y 32.3.b, c y d de la Directiva 2014/24). Las principales novedades en este punto residen, por una parte, en la inclusión de un listado de contratos de servicios por referencia a su CPV en los que se admite la utilización de este procedimiento especial solicitando una solución directamente a un operador económico, entre los que se encuentran: contratos de servicios administrativos, sociales, educativos, sanitarios y culturales correspondientes a los códigos CPV 79950000-8 [Servicios de organización de exposiciones, ferias y congresos], 79951000-5 [Servicios de organización de seminarios], 79952000-2 [Servicios de eventos], 79952100-3

[Servicios de organización de eventos culturales], 79953000-9 [Servicios de organización de festivales], 79954000-6 [Servicios de organización de fiestas], 79955000-3 [Servicios de organización de desfiles de moda], 79956000-0 [Servicios de organización de ferias y exposiciones], Servicios de hostelería y restauración incluidos en los CPV 55100000-1 a 55410000-7; 55521000-8 a 55521200-0 [55521000-8 Servicios de catering para , 55521100-9 Servicios de comida a domicilio, 55521200-0 Servicio de reparto de comidas] 55520000-1 Servicios de catering, 55522000-5 Servicios de catering para empresas de transporte, 55523000-2 Servicios de catering para otras empresas u otras instituciones, 55524000-9 Servicios de restauración escolar 55510000-8 Servicios de comedor, 55511000-5 Servicios de comedor y otras cafeterías de clientela restringida, 55512000-2 Servicios de gestión de comedores, 55523100-3 Servicio de comidas escolares.

En este punto se echa en falta la previsión de utilización de este procedimiento en los casos en que no se haya presentado ninguna oferta, ninguna oferta adecuada o ninguna solicitud de participación o ninguna solicitud de participación adecuada en respuesta a un procedimiento previo, que actualmente se recoge como supuesto habilitado para la utilización del procedimiento negociado sin publicación previa (art. 32.2.a de la Directiva 2014/24)

Además de los anteriores se recoge expresamente la utilización de este procedimiento especial en situaciones de emergencia y crisis (así se titula el art 48), definidas por remisión al Reglamento (UE) 2024/2747 por el que se establece un marco de medidas relativas a una emergencia del mercado interior y a la resiliencia de dicho mercado, el Reglamento (UE) 2022/2372 del Consejo, de 24 de octubre de 2022, relativo a un marco de medidas para garantizar el suministro de contramedidas médicas pertinentes en caso de crisis ante una emergencia de salud pública a escala de la Unión y el Reglamento (UE) n.º 2022/2371 sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud. No obstante, la habilitación se extiende genéricamente a todos los casos en que “por razones de urgencia imprevisibles para el comprador público y no imputables a este, no puedan respetarse los plazos de los procedimientos”.

Si bien la adjudicación a través de estos procedimientos no está sujeta a publicidad previa, si que debe ser objeto de publicidad el resultado final, de conformidad con el artículo 110.

11. Las listas de cualificación como sistema de adjudicación

Asimismo, la propuesta de Reglamento prevé la posibilidad de que las entidades adjudicadoras (definidas en el art. 8 por referencia a las que operan en los sectores especiales del agua, energía, transporte y telecomunicaciones) adjudiquen contratos a operadores inscritos en una “Lista de cualificación”. Este mecanismo contempla la posibilidad de adjudicar contratos a los operadores económicos inscritos en dicha lista, sobre la base de las siguientes previsiones:

- a) La lista de cualificación se establecerá mediante convocatoria, con una duración determinada;
- b) Los operadores económicos puedan solicitar en todo momento su inclusión en la lista durante el período de vigencia.
- c) Las entidades adjudicadoras establecerán normas y criterios objetivos para la admisión de los operadores económicos en la lista de cualificación, así como criterios y normas objetivos para la gestión de dicha lista, que abarquen aspectos tales como la admisión, la actualización periódica de las cualificaciones, en su caso, y la duración.

- d) Una misma lista de cualificación podrá servir para la adjudicación de varias categorías de contratos
- e) Cuando quieran adjudicar un contrato individual basado en dicha lista, las entidades adjudicadoras invitarán a los operadores económicos admitidos en dicha lista o en las categorías pertinentes de la misma a presentar una oferta.

La regulación de las “listas de cualificación” admite la exigencia de tasas por la cualificación, la actualización o el mantenimiento de una cualificación ya obtenida, condicionándola a que resulte “proporcional a los costes generados”.