

22 de junio de 2021
MICITT-DI-OF-023-2021

Señor
Federico Torres
Viceministro de Ciencia y Tecnología

Señor
Dagoberto Mata
Jefe de Despacho

ASUNTO: Referencia: DGABCA-NC-0272-2021. Insumos para la reglamentación de la Ley de “Contratación Pública” Ley N°9986.

Estimados señores:

El pasado 8 de junio de los corrientes, se recibe mediante correo electrónico, el oficio DGABCA-NC-0272-2021 de Maureen Barrantes, Directora General de la Dirección de Administración de Bienes y Contratación Administrativa (DGABCA), en la cual nos informa que a raíz de la publicación de la “Ley General de Contratación Pública”, Ley N°9986, la DGABCA, se encuentra en el proceso de redacción del primer borrador del reglamento a la citada Ley.

Como parte de este proceso solicitan el apoyo del Ministerio, a través de la Dirección de Innovación, para brindarles insumos o propuestas de redacción para el Capítulo IV “Contratación pública estratégica, Artículo 22-Compra pública innovadora”; particularmente nos solicitan insumos sobre los criterios de innovación que deben considerarse en las compras públicas, los cuales, según indican, deben de atender a criterios de funcionalidad y desempeño, así como cualquier aporte que se considere oportuno.

En virtud de la complejidad de la materia y la importancia que reviste este tipo de instrumentos para el fomento a la actividad innovadora, esta Dirección procedió a realizar un análisis de la materia, con base en la experiencia internacional.



Por lo anterior, abajo encontrarán el análisis técnico realizado sobre lo indicado en el *Artículo 22- Compra pública innovadora* y eventuales implicaciones. Es importante señalar que la suscrita considera que la solicitud del Ministerio de Hacienda requiere del análisis legal pertinente con base en este informe técnico, y les solicita por lo tanto puedan instruir de conformidad.

PRIMERO: La Ley General de Contratación Pública”, Ley N°9986 publicada en el Diario Oficial de La Gaceta N° 103, Alcance N° 109 de fecha 31 de mayo de 2021, en el Capítulo IV “Contratación pública estratégica” establece que las contrataciones públicas servirán a la consolidación de distintas políticas tendientes al desarrollo social y productivo y al fomento de la innovación como a continuación se detalla:

“ARTÍCULO 20- Compra pública estratégica

Las contrataciones públicas servirán a la consolidación de políticas públicas tendientes al desarrollo social equitativo nacional y local y a la promoción económica de sectores vulnerables, a la protección ambiental y al fomento de la innovación.

La Autoridad de Contratación Pública definirá la política pública incorporando los planes de acción y los indicadores de medición, en la que se establezca la estrategia para incluir ventajas para las pymes por objeto y por regiones, así como para fomentar la participación de grupos sociales en condiciones de vulnerabilidad, la protección al ambiente y el estímulo a la innovación.

La actividad contractual en que medien fondos públicos se definirá y desarrollará bajo la concepción de compra pública estratégica, reconociendo su carácter instrumental para el progreso económico y social y el bienestar general. (El subrayado no es del original)”

“ARTÍCULO 22- Compra pública innovadora

La compra pública innovadora consistirá en la adquisición de bienes, obras o servicios nuevos o significativamente mejorados en aspectos tales como sus procesos de producción, de construcción o nuevos métodos para su realización, que brinden una nueva solución que satisfaga de una mejor forma el interés público.



Para recurrir a la compra pública innovadora, la Administración deberá valorar la mejora sustancial en la prestación del servicio público que se propone con la innovación, así como contar con el personal técnico capacitado para valorar la propuesta innovadora, debiendo desarrollar un plan de seguimiento y evaluación del contrato que se llegue a suscribir.

Para la evaluación se deberá considerar que la oferta sea económicamente ventajosa en su conjunto, valorando para ello la calidad, los costos actuales y la disminución en los costos de mantenimiento, según corresponda. Adicionalmente, podrán valorarse las posibles mejoras para el medio ambiente y el ahorro energético que se obtendría con la innovación.

Cuando se opte por la compra pública innovadora deberá verificarse, en lo que corresponda, el cumplimiento de la legislación relativa a la protección de los derechos de propiedad intelectual vinculados a la contratación, según el tipo de innovación y observar el procedimiento dispuesto para el oferente único. De existir más de un eventual proveedor, se deberá realizar el procedimiento correspondiente.

La definición del objeto contractual, en aplicación de criterios de innovación, deberá atender a criterios de funcionalidad y desempeño y la Administración deberá tener definida *a priori* la necesidad puntual que pretende satisfacer, así como los resultados esperados con la solución innovadora, cualquiera que sea, lo cual se regulará reglamentariamente.

Mediante la asociación público-privada se podrán desarrollar proyectos de investigación y/o de innovación tecnológica, que consistirán en el desarrollo de un prototipo para investigación, experimento, estudio o desarrollo original, o bien, cuando la Administración recibe una propuesta debidamente acreditada como novedosa, que representa una buena relación calidad-precio y los bienes, obras y servicios no están disponibles en el mercado.” (El subrayado no es del original)

SEGUNDO: Que el artículo 128 de la Ley crea la “Autoridad de Contratación Pública” como un órgano colegiado compuesto por el Ministro de Hacienda, quien lo preside, el ministro de Planificación Nacional y Política Económica, pero además incluye **al Ministro de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones.** Es del criterio de esta Dirección que se requiere realizar un análisis integro de la Ley para que la administración del Ministerio pueda valorar las implicaciones que la Ley genera, en virtud de la representación que recae sobre el MICITT en dicho órgano colegiado.



A continuación un extracto del artículo:

“ARTÍCULO 128- Creación de la Autoridad de Contratación Pública
Se crea un órgano colegiado denominado Autoridad de Contratación Pública, el cual estará conformado por el ministro de Hacienda, quien lo presidirá; el ministro de Planificación Nacional y Política y **el ministro de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones**. Las funciones podrán delegarse en los viceministros y la participación no generará dieta alguna. Para el conocimiento de temas específicos, la Autoridad podrá invitar a jefes de otras instituciones públicas, quienes podrán asistir con voz pero sin voto.

La Autoridad de Contratación Pública fungirá como rector exclusivamente para la materia de contratación para toda la Administración Pública; rendirá cuentas anualmente al presidente de la República, a la Comisión Permanente Especial para LEY N.º 9986 81 el Control del Ingreso y el Gasto Público de la Asamblea Legislativa y tendrá a su cargo las siguientes competencias:

a) Aprobar la propuesta del Plan Nacional de Compra Pública (PNCP), que realice la Dirección de Contratación Pública, el cual registrará durante seis años; podrá ser ajustado anualmente y deberá tener como ejes la generación de eficiencia en la contratación pública, con altos estándares de calidad, probidad, transparencia y satisfacción del interés público.

b) Aprobar, según corresponda, la propuesta de las mejoras regulatorias pertinentes que efectúe la Dirección de Contratación Pública y disponer la simplificación de trámites en materia de contratación pública.

c) Proponer directrices al Poder Ejecutivo, previa escucha de la opinión de los distintos actores así como de la ciudadanía, conforme a lo establecido en los artículos 99 y 100 de la Ley 6227, Ley General de la Administración Pública, de 2 de mayo de 1978, al menos para lo siguiente:



- i) Para establecer la vinculación entre el plan de compras y el presupuesto, con el Plan Nacional y los planes institucionales, según corresponda.
- ii) Para procurar la estandarización de bienes y la promoción de compra consolidada para generar ahorros mediante economías de escala.
- iii) Para propiciar el desarrollo regional, **la innovación**, la inclusión, la sostenibilidad y promoción de pymes, todo lo anterior como valor público de las compras.
- iv) Para la profesionalización, certificación de idoneidad y la capacitación continua del personal dedicado a la contratación pública y acreditación de las unidades de compra.
- d) Emitir los lineamientos para los sujetos privados, conforme a lo previsto en el artículo 1 de esta ley, que serán de acatamiento obligatorio para ellos.
- e) Diseñar las políticas públicas para garantizar la participación ciudadana efectiva en los procedimientos de compras de bienes y servicios conforme a la presente ley.
- f) Emitir las fórmulas para el mantenimiento del equilibrio financiero de los contratos.
- g) Las demás funciones establecidas en la presente ley.” (Lo subrayado no es del original)

TERCERO: En relación con lo indicado en el numeral PRIMERO, esta Dirección reconoce la importancia de las compras públicas de innovación como una herramienta valiosa para estimular la innovación a partir del poder de compra del estado, y para resolver necesidades públicas, derivando en una mejora de los bienes y servicios del Estado.

Según lo indicado por el Rector de Compras Públicas de Colombia, *Colombia Compra Eficiente*: “la Compra Pública para la Innovación crea un puente entre el Sistema de Compra Pública y el Sistema de Ciencia, Tecnología e Innovación para habilitar la obtención de mayor valor por dinero en la compra pública y promover la innovación desde



la demanda de bienes y servicios inexistentes en el mercado requeridos por las entidades estatales para el cumplimiento de sus objetivos misionales.”¹

Sin embargo, es importante señalar que este tipo de herramientas no solo buscan estimular la demanda por innovación si no además, pretenden impulsar una nueva lógica en las compras públicas en el Estado, incorporando a la innovación como una práctica en el ámbito público mediante una herramienta estratégica: la contratación pública. (BID, 2018)²

Este tipo de instrumentos impulsa la innovación a partir de la identificación de las necesidades de las entidades públicas, quienes no pueden satisfacerlas con las soluciones existentes en el mercado. Esta se materializa a través de dos instrumentos³:

1) Compra pública pre-comercial: que busca contratar servicios de I+D, para desarrollar soluciones innovadoras que superen las que hay disponibles en el mercado.

2) Compra pública comercial: incluye la compra pública de tecnología innovadora (CPTI). O sea la compra de un bien o servicio que no existe en el momento de la compra, que requiere de adaptación tecnológica y que puede desarrollarse en un tiempo razonable.

Por lo tanto, para lograr un verdadero aprovechamiento de este tipo de instrumentos, según la experiencia internacional, deben de generarse una serie de condiciones en la administración pública que van más allá de contar con personal técnico capacitado que pueda valorar la propuesta innovadora y desarrollar planes de seguimiento y evaluación del contrato que se llegue a suscribir, como indica el Artículo 22 supra citado.

Es también necesario que la administración pública tenga la capacidad de planificar, explorar, definir y desarrollar las convocatorias de compras públicas innovadoras (CPI), para asegurar un proceso oportuno y considerando los dos tipos de instrumentos mencionados anteriormente. Pese a esto, la Ley no contempla un mecanismo, al menos transitorio para la administración, a fin de que pueda prepararse en la generación de una estructura y capacidades para implementar este tipo de instrumento.

¹ https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/cce_guia_cpi.pdf

² <https://blogs.iadb.org/innovacion/es/tag/que-son-las-compras-publicas-de-innovacion/>

³ Tomado el 11 de junio de 2021 de: <https://www.idepa.es/innovacion/compra-publica-de-innovacion> y https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/cce_guia_cpi.pdf



Según el Banco Interamericano de Desarrollo (2018) lo anterior requiere, al menos:

1. La decisión clara de los jefes de las entidades públicas para emplear este mecanismo en sus instituciones.
2. Integrar equipos multidisciplinarios y con los conocimientos técnicos, jurídicos, financieros y de contratación para implementar los procesos de gestión de compras innovadoras y sobre todo definir los procesos de planeación de las compras (incluyendo identificación de necesidades), selección y contratación (incluyendo el desarrollo de criterios de evaluación adecuados) y ejecución.
3. Establecer los métodos para gestionar las etapas y actividades de la compra pública innovadora antes mencionados: establecer las necesidades, elaborar los criterios técnicos para evaluar el método innovador, considerando aspectos de funcionalidad, desempeño u otros y seleccionar la/s solución(es) que resuelven la necesidad identificada.
4. Diseñar y ejecutar fondos públicos para incentivar el uso de la compra pública de innovación.

CUARTO: En el caso de las compras públicas de innovación, por la razón misma de la existencia de este mecanismo, los criterios de evaluación deben ir más allá de la variable precio, y priorizar en el proceso de evaluación las **condiciones técnicas a nivel funcional, de desempeño y otras**, de acuerdo al problema o necesidad identificadas para la compra. Sin embargo, el artículo 22 da un peso importante a la variable precio: “para la evaluación se deberá considerar que la oferta sea económicamente ventajosa en su conjunto, valorando para ello la calidad, los costos actuales y la disminución en los costos de mantenimiento, según corresponda (...).”

Aunado a lo anterior, es importante recalcar que los criterios a evaluar no pueden ser estándares y están correlacionados con el desempeño y requisitos funcionales esperables del bien, servicio u obra a contratar, por lo que esta Dirección no puede recomendar que en la Reglamentación queden establecidos criterios de innovación específicos.



Ahora bien, hay algunos factores que si se podrían considerar a la hora de la reglamentación. Tomando en consideración los programas de compras públicas innovadoras de Chile y Colombia se recomiendan al menos los siguientes: ⁴

1. La entidad pública que está comprando un bien, servicio u obra, debe claramente describir desde el punto de vista funcional y de desempeño, la necesidades/requerimientos que busca atender con la compra pública innovadora.
2. La entidad pública que utilizará la compra pública innovadora, a partir de la descripción detallada de la necesidad debe de confirmar, antes de abrir la contratación, si la necesidad no puede ser atendida por el mercado actual y determinar que realmente constituye un reto de innovación.
3. Los criterios de evaluación deben de tener aspectos técnicos y económicos, y considerar entre otras cosas: el mérito innovador del bien, servicio u obra a contratar, aspectos como viabilidad de implementación, consistencia de la propuesta técnica, pertinencia con la necesidad identificada por la entidad pública contratante, experiencia de innovación del equipo, entre otros aspectos para determinar criterios de funcionalidad y desempeño. Sin embargo, debe de darse la potestad a la entidad contratante de incorporar otro tipo de criterios, según la necesidad o problema a resolver.

QUINTO: Que la DGABCA nos propone como redacción para el reglamento lo siguiente:

“Artículo XX Compra pública innovadora. Cuando se opte por la compra pública innovadora deberá verificarse en lo que corresponda, el cumplimiento de la legislación relativa a la protección de los derechos de propiedad intelectual vinculados a la contratación, según el tipo de innovación.

La definición del objeto contractual en aplicación de criterios de innovación, deberá atender a criterios de funcionalidad y desempeño y la Administración deberá tener definida a priori la necesidad puntual que pretende satisfacer, así como los resultados esperados con la solución innovadora, cualquiera que sea.

Mediante la asociación público privada se podrán desarrollar proyectos de investigación y/o de innovación tecnológica, entendido como el desarrollo de un prototipo para la investigación, experimento, estudio o desarrollo original, o bien cuando la Administración recibe una propuesta debidamente acreditada como

⁴ Tomado el 14 de junio de 2021 de: <https://www.colombiacompra.gov.co/compra-publica-innovadora/que-es-compra-publica-para-la-innovacion>; <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2018/08/20180614-DIRECTIVA-CPI.pdf>



novedosa, que representa una buena relación calidad-precio y los bienes, servicios u obras no están disponibles en el mercado.” (Lo subrayado no es del original)

Sin embargo, preocupan los siguientes aspectos:

1) Se establece que las instituciones públicas deberán determinar que se está cumpliendo con la legislación relativa a la protección de los derechos de propiedad intelectual vinculados a la contratación. Pero se debe indicar que dependiendo de la modalidad de compra pública innovadora será el manejo de los derechos de propiedad intelectual. Es por eso que esta Dirección considera que esto requiere: (i) un análisis pertinente con el Registro de la Propiedad Intelectual para asegurar que la redacción propuesta asegure un balance entre el cumplimiento de estos derechos y el estímulo a proyectos asociativos de I+D+i. El manejo de los derechos de propiedad intelectual en los casos de proyectos de investigación y desarrollo que se realizan con recursos públicos a través del instrumento de asociación público-privada que permite esta Ley, debe ser suficientemente claro para evitar caer en eventuales diferencias contractuales; (ii) un proceso de formación dentro de las instituciones públicas sobre propiedad intelectual es requerido, ya que estos aspectos deberían quedar claros desde el momento mismo en que se redactan los carteles, y a la hora de la evaluación de las propuestas; hay que considerar que este un aspecto complejo que requiere de un conocimiento técnico especializado.

2) Mediante la asociación público privada se podrán desarrollar proyectos de investigación y/o de innovación tecnológica (I+D+i): el reglamento debe de dar claridad al operador jurídico sobre cómo se estimularán esas asociaciones público-privadas y qué aspectos deben considerar dichas asociaciones. Según el análisis de los contextos de otros países realizados por esta Dirección, hay varias consideraciones que se deben tomar en cuenta y que deberán quedar claras en el Reglamento, para no generar más bien un perjuicio a posibles interesados.

Por ejemplo, en el caso de España, en sus mecanismos de compras públicas innovadoras (pre-comercial) el comprador público no se reserva los resultados de la I+D para su propio uso exclusivo si no que se comparten los riesgos y beneficios entre el comprador público y las empresas.⁵ Aunado a lo anterior, una de las características de este tipo de instrumentos es el hecho de que se comparten los derechos de propiedad intelectual que deriven de las actividades de I+D+i, por lo que los carteles de contratación

⁵ Tomado el 18 de junio de 2021 de: <http://www.obcp.es/opiniones/compra-publica-pre-comercial-que-abarcan-los-servicios-de-id>



deben de determinar claramente cómo se realizará esa repartición si las soluciones se llegan a explotar comercialmente. Nuevamente es de consideración de esta Dirección que la DGABCA debe hacer una consulta explícita al Registro de la Propiedad Intelectual para poder determinar apropiadamente como quedará redactado el Reglamento a la Ley, sin desmeritar que se pueden establecer distintos esquemas dependiendo del tipo de servicio de I+D+i a contratar.

SEXTO: En virtud de lo anterior, esta Dirección concluye lo siguiente:

1. Se sugiere que este criterio técnico sea analizado por el Despacho del Viceministro, el Despacho de la Ministra y la Asesoría Jurídica para poder emitir el criterio correspondiente a la DGABCA.
2. Dado que la DGABCA nos da como plazo para remitir una propuesta al 24 de junio, se recomienda solicitar una extensión del plazo para: (i) hacer una reunión con dicha autoridad para expresar nuestras preocupaciones y sugerencias, tales como la importancia de involucrar al Registro de la Propiedad Intelectual, y (ii) de ser posible integrar un grupo de trabajo con expertos del Registro de la PI, MICITT, Hacienda y otros expertos en la materia.
3. Se sugiere que la Asesoría Jurídica haga una revisión integral de la Ley, en virtud de que como se indicó anteriormente el artículo 128 establece que el MICITT formará parte del órgano colegiado “Autoridad de Contratación Pública” y esto genera una serie de responsabilidades a la Administración que deben ser analizadas con detenimiento.
4. Dado que este es un tema nuevo para el país, que tiene diversas aristas, y es complejo en sí mismo, se sugiere realizar un análisis más detallado buscando experiencias internacionales que puedan ir preparando al país para la aplicación adecuada de este instrumento.

Atentamente,

Carola Medina Oreamuno
Directora de Innovación

C.c Paola Vega Castillo, Ministra
Carlos Redondo, Director de Investigación y Desarrollo

