

Estado actual de normativa sobre ayuda estatal: Impacto en la compra de I + D.

En 2012, la Comisión comenzó a actualizar las disposiciones sobre ayudas estatales de la UE.¹ Hoy en día las ayudas estatales en relación con la I+D+i se encuentran principalmente en dos textos legales, el *Reglamento (UE) No 651/2014 de la Comisión de 17 de junio de 2014 por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado*, también conocido como el *Reglamento General de Exención por Categorías*² (GBER en sus siglas en inglés), y la *Comunicación de la Comisión. Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación*³.

Generalmente, una entidad pública adquiere servicios de investigación y desarrollo cuando no hay soluciones disponibles en el mercado ni a punto de ser comercializadas, para solventar necesidades relacionadas con la provisión de servicios públicos. Que la compensación por estos servicios de I+D se incluya en el ámbito de aplicación de la normativa referida a ayuda estatal dependerá de la distribución de beneficios y riesgos y de si esta compensación está en línea con el precio de mercado pagado por servicios equivalentes.

A este respecto del pago de precios de mercado, el *Anuncio de la Comisión: Orientaciones sobre la contratación pública en materia de innovación*, publicado en 2018, hace algunas observaciones, que estudiaremos con detenimiento en el punto 5 del artículo. Sin embargo, cuando se trata de ayuda estatal en licitaciones, las Directivas de contratación pública no aclaran cuándo las compras pueden involucrar ayuda estatal, ni proporcionan una metodología a seguir para evitar problemas ex post.

Del análisis de las disposiciones y la legislación europea se desprende que, en el caso de procedimientos abiertos y restringidos, donde el precio de mercado se determina fácilmente, no surgen contratiempos. Este no es el caso cuando se trata de procedimientos que implican negociaciones. El problema es más grave es cuando se trata de los procedimientos destinados a obtener soluciones innovadoras, particularmente cuando, como en la asociación para la innovación, se contrata servicios de I+D y se adquieren volúmenes comerciales de la solución desarrollada, ya que el análisis comparativo de precios de mercado en productos similares se vuelve cada vez más difícil, por no decir imposible. En estos casos, notificar a la Comisión sobre el procedimiento que se pretende implementar sería el mejor curso de acción para evitar posibles conflictos, ya que faltan directrices al respecto.

Este artículo reúne en los siguientes 5 puntos, en orden cronológico, no solo las principales regulaciones en materia de ayuda estatal relacionada con I+D y los documentos básicos que abordan la ayuda estatal en los procedimientos de compra (específicamente de I+D), sino que también explica cuándo se excluye la ayuda estatal (en particular cuando se proporciona un Servicio de Interés Económico General).

¹ B. von Wendland. *New Rules for State Aid for Research, Development and Innovation: Not a Revolution but a Silent Reform*. European State Aid Law Quarterly, Volume 14 (2015), Issue 1.

² https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:0802_4

³ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0627\(01\)&from=SL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0627(01)&from=SL)

1. Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2011 relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general

Los Servicios de Interés Económico General (SIEG de aquí en adelante) se recogen en el artículo 14 del TFUE, que destaca su importancia debido a "*su papel en la promoción de la cohesión social y territorial*". También enfatiza que las condiciones económicas y financieras no pueden representar un problema para la prestación de estos servicios.

Las actuales Directivas de contratación pública también se refieren a este concepto y a la libertad de los Estados miembros para definir cuáles son esos servicios y en qué condiciones de financiación operan:

'(7) Por último, cabe recordar que la presente Directiva se entiende sin perjuicio de la libertad de las autoridades nacionales, regionales y locales de definir, con arreglo al Derecho de la Unión, servicios de interés económico general, su ámbito de aplicación y las características del servicio que ha de prestarse, incluida cualquier condición relativa a la calidad del servicio, con objeto de perseguir sus objetivos de política general. La presente Directiva también debe entenderse sin perjuicio de la facultad de las autoridades nacionales, regionales y locales de establecer, encargar y financiar servicios de interés económico general con arreglo al artículo 14 del TFUE y el Protocolo no 26 sobre los servicios de interés general anejo al TFUE y al Tratado de la Unión Europea (TUE). Por otra parte, la presente Directiva no trata la financiación de servicios de interés económico general ni los sistemas de ayuda concedida por los Estados miembros, en particular en el ámbito social, de conformidad con las normas de la Unión en materia de competencia.'

De ello se deduce que SIEG es un concepto en constante evolución que difiere entre los Estados miembros. Depende de las necesidades de los ciudadanos, de los desarrollos tecnológicos y de mercado y de las preferencias sociales y políticas. Los Estados miembros tienen una amplia discreción para definir un servicio como SIEG.⁴

Sin embargo, los SGEI sí que deben obedecer unas regulaciones mínimas. El artículo 106, apartado 2 del TFUE establece que las empresas encargadas de la prestación de SIEG están sujetas a las normas del TFUE, en particular en materia de competencia, siempre que esto no impida su correcta prestación.⁵ Pero estos servicios se deben prestar en cualquier caso, ya que son básicos para los ciudadanos.

En ocasiones, estos servicios se pueden proporcionar sin ayudas financieras. Pero en otros casos, no resultarán económicamente viables. De ahí que los Estados les den apoyo económico, sin importar si dichos servicios de interés económico general son prestados por empresas públicas o privadas. Esto podría ser problemático, ya que este respaldo económico estatal podría encuadrarse en el concepto de Ayuda Estatal.

⁴ Véase el considerando 45 de la *Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general (2012/C 8/02)*.

⁵ Artículo 106 (antiguo artículo 86 TCE) '2. *Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.'*

Es por eso que esta Decisión no vinculante de la Comisión, de 20 de diciembre de 2011, *'establece las condiciones conforme a las cuales las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general son compatibles con el mercado interior y estarán exentas de la obligación de notificación establecida en el artículo 108, apartado 3, del Tratado'*.⁶ Para ello, aclara la opinión de la Comisión sobre el caso Altmark y sus cuatro condiciones a la hora de aplicar las normas sobre ayudas estatales en lo que respecta a los servicios de interés económico general.

Según esta Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003 (Altmark), la concesión de una ventaja al prestar servicios de interés económico general no es ayuda estatal y el artículo 106(2) no es de aplicación *si se cumplen cuatro condiciones acumulativas*.⁷

- 1) En primer lugar, la empresa beneficiaria está obligada a prestar el servicio público, y estas obligaciones deben estar claramente definidas.⁸ Los servicios prestados no pueden ser cualquier tipo de servicio, sino servicios de interés económico general (SIEG).⁹

Según la jurisprudencia, los Estados miembros tienen un amplio margen para definir los SIEG. Sin embargo, este margen no es ilimitado ni arbitrario, ya que no puede ejercerse con el único propósito de evitar la aplicación de las reglas de competencia en un sector en particular. Es decir, para calificarlo como SIEG, el servicio debe tener características específicas en comparación con otras actividades económicas.¹⁰

*'En particular, los Estados miembros no pueden vincular obligaciones específicas de servicio público a servicios que ya prestan, o pueden prestar satisfactoriamente y en condiciones tales como el precio, las características de calidad objetivas, la continuidad y el acceso al servicio acordes con el interés público, definido por el Estado, empresas que operan en condiciones normales de mercado.'*¹¹

Además del requisito de que se haya encomendado a la entidad beneficiaria la prestación del servicio público, la jurisprudencia del TJUE exige que el servicio y sus

⁶ Véase el artículo 1. Objeto.

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de Julio de 2003. Altmark (C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415). En este caso, una región en Alemania proporciono apoyo económico a una línea de autobús que no era viable para mantener el servicio en funcionamiento. El TJUE decidió que la compensación por un servicio de interés económico general no es ayuda estatal y no está dentro del alcance del artículo 106(2) del TFUE. Sin embargo, esta compensación por los costes adicionales debe ser justa. Si se trata de una compensación excesiva, sí será una ayuda estatal.

⁸ La jurisprudencia del TJUE exige que se haya encomendado a la empresa la prestación del servicio público y que el servicio y sus obligaciones estén claramente definidos en la legislación nacional. Véase también la sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2018. Reino de España y Comisión Europea (C-114/17 P, ECLI:EU:C:2018:753) y la sentencia del TJUE de 15 de diciembre de 2016. Reino de España vs. Comisión Europea (T-808/14, ECLI:EU:T:2016:734)

⁹ Según la sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2018. Reino de España y Comisión Europea (C-114/17 P, ECLI:EU:C:2018:753)

¹⁰ Según la sentencia del GJEU de 15 de diciembre de 2016. Reino de España vs. Comisión Europea (T-808/14, ECLI:EU:T:2016:734).

¹¹ Considerando 13 de la *Comunicación de la Comisión: Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011) (2012/C 8/03)*

obligaciones estén claramente definidos en la legislación nacional.¹² No tiene por qué recogerse necesariamente en una norma con rango de ley, ya que el instrumento legal puede variar de un Estado miembro a otro, pero sí que debe especificar las empresas a cargo y qué incluye exactamente el servicio, por cuánto tiempo y dónde se prestará y si se otorgan derechos especiales. También debe explicar el mecanismo de compensación y los parámetros para determinar esta compensación.¹³

Es decir, la declaración de un servicio como SIEG por la legislación nacional no implica necesariamente que cualquier empresa que lo preste esté ejecutando obligaciones de servicio público.

- 2) En segundo lugar, la compensación se calculará en función de parámetros establecidos de antemano de manera objetiva y transparente, para evitar que la entidad beneficiaria tenga una ventaja económica sobre sus competidoras. El importe de la compensación puede calcularse y verificarse adecuadamente únicamente si las obligaciones de servicio público de las empresas y las obligaciones del Estado se establecen claramente en uno o más decretos, leyes o reglamentos de las autoridades públicas competentes del Estado miembro en cuestión.
- 3) En tercer lugar, la compensación no puede exceder de lo absolutamente necesario para cubrir la totalidad o parte de los costes incurridos en la prestación del SIEG, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable. Si algunas actividades realizadas por la beneficiaria quedan fuera del alcance del SIEG, solo se pueden tener en cuenta los costes relacionados con el SIEG.

El cumplimiento de dicha condición es esencial para garantizar que la entidad beneficiaria no tenga ninguna ventaja que distorsione o amenace con falsear la competencia al mejorar su posición competitiva. Si a la beneficiaria se le concede una compensación excesiva, se calificará como ayuda estatal y no como compensación:

‘Dado que la compensación excesiva no es necesaria para la prestación del SIEG, constituye ayuda estatal incompatible.’¹⁴

- 4) En cuarto lugar, *‘cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público no se haya realizado según un procedimiento de contratación pública para seleccionar a un candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada para satisfacer las exigencias de servicio público requeridas,*

¹² La encomienda ocurre incluso si se emite a solicitud de la empresa. Véase el considerando 53 de la *Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general (2012/C 8/02)*.

¹³ Véase el considerando 16 de la *Comunicación de la Comisión: Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011) (2012/C 8/03)*: *‘Este acto o actos deben indicar concretamente: a) el contenido y la duración de las obligaciones de servicio público; b) las empresas afectadas y, si procede, el territorio afectado; c) la naturaleza de cualesquiera derechos exclusivos o especiales atribuidos a las empresas por la autoridad otorgante; d) la descripción del mecanismo de compensación y los parámetros aplicados al cálculo, control y revisión de la compensación; y e) las modalidades para evitar y recuperar las posibles compensaciones excesivas.’*

¹⁴ Véase el considerando 48 de la *Comunicación de la Comisión: Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011) (2012/C 8/03)*.

*habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.*¹⁵

Si la empresa que presta este servicio no se elige en condiciones de mercado (es decir, a través de una licitación pública¹⁶), el nivel de compensación debe determinarse mediante un análisis de los costes que tendría una empresa media y razonablemente gestionada. En otros términos, la compensación será el resultado de un ejercicio de evaluación comparativa.¹⁷

Una compensación económica o financiera del SIEG que no cumpla con una o más de estas condiciones y que cumpla con los requisitos del artículo 107(1) de la TFUE se considerará ayuda estatal.

*‘Cuando las compensaciones por servicio público no cumplan estas condiciones, y en la medida en se satisfagan los criterios generales de aplicabilidad del artículo 107, apartado 1, del Tratado, estas compensaciones constituyen ayuda estatal y están sujetas a las disposiciones de los artículos 106, 107 y 108 del Tratado.’*¹⁸

Es más, la carga de la prueba de que se cumplen todas estas condiciones corresponde a la autoridad pública que autoriza la medida.

En este sentido, la *Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general* enumera una serie de servicios que pueden ser o no considerados SIEG (según cómo el Estado decida organizarlos) y proporciona una serie de ejemplos.

La clasificación de la seguridad social como actividad económica dependerá de la forma en que el Estado estructure el sistema: en base al principio de solidaridad o en principios de economicidad. Lo mismo sucede con la sanidad y la educación: una actividad financiada y supervisada por el Estado puede considerarse como una actividad no económica.¹⁹

¹⁵ Véase el considerando 70 de la *Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01)*. Véase también considerando 19 de la *Comunicación de la Comisión: Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011) (2012/C 8/03)*.

¹⁶ En el caso de que la beneficiaria resulte elegida a través de los procedimientos regulados en las Directivas de contratación pública, está claro que el procedimiento abierto garantiza una participación suficiente y la apertura a la competencia. Lo mismo sucede con el procedimiento restringido. Sin embargo, tanto el diálogo competitivo como el procedimiento negociado con publicación previa confieren una mayor discreción a la entidad contratante y solo en circunstancias excepcionales se cumplirán todas las condiciones del caso Altmark. El procedimiento negociado sin publicidad no garantiza en ningún caso que el proveedor seleccionado brinde el servicio con el menor coste para la comunidad. Véase el punto 66 de la *Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones otorgadas por la prestación de servicios de interés económico general (2012 / C 8/02)*.

¹⁷ Véanse los considerandos 24 a 31 de la *Comunicación de la Comisión: Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011) (2012/C 8/03)* sobre el ‘Coste neto necesario para ejecutar las obligaciones de servicio público’.

¹⁸ Véase el considerando 3 de la *Comunicación de la Comisión: Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011) (2012/C 8/03)*.

¹⁹ ‘(...) la naturaleza no económica de la educación pública no se ve afectada en principio por el hecho de que los alumnos o sus padres tengan que pagar gastos docentes o matrículas que contribuyan a los gastos de funcionamiento del sistema. Estas aportaciones financieras a menudo solo cubren una fracción del verdadero coste del servicio y no pueden, por tanto, considerarse una remuneración por el servicio prestado. Por

Una vez que se demuestre que se cumplen las condiciones, la presente Decisión se aplicará si la compensación por servicio público cae dentro de una de las categorías definidas en su artículo 2 (Ámbito de aplicación) y si el período durante el cual la beneficiaria debe prestar el servicio no supera los 10 años.²⁰ Si las condiciones dejan de cumplirse en cualquier momento del período de encomienda, la ayuda deberá ser notificada.

2. Comunicación de la Comisión: Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación (2014/C 198/01)

Esta *Comunicación* describe los criterios de compatibilidad de los regímenes de ayudas de I+D+i y de las ayudas individuales sujetas al requisito de notificación y que deben evaluarse en base al artículo 107.3.c del Tratado.²¹

Como veremos en la sección 4, la *Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* explica cómo entiende la Comisión el concepto de ayuda estatal en general.

No obstante, el alcance subjetivo es el mismo, ya que, según la Comunicación y según la jurisprudencia europea, las organizaciones e infraestructuras de investigación pueden ser beneficiarias de ayudas estatales si actúan como una ‘empresa’, que es una entidad caracterizada por ejercer una actividad económica (con otras palabras, ofrecer bienes o

consiguiente, no alteran la naturaleza no económica de un servicio de educación general financiado predominantemente con cargo a fondos públicos’. Véase el considerando 27 de la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general (2012/C 8/02).

²⁰ ‘a) compensación que no supere un importe anual de 15 millones EUR por la prestación de servicios de interés económico general en ámbitos que no sean los transportes y las infraestructuras de transportes.

Cuando el importe de la compensación varíe mientras dure la atribución del servicio público, el importe anual se calculará como la media de los importes anuales de compensación que está previsto que se realice durante el período de atribución;

b) compensación por la prestación de servicios de interés económico general por los hospitales que presten atención médica, y, cuando proceda, servicios de urgencia; el desempeño de actividades accesorias directamente relacionadas con las actividades principales, especialmente en el campo de la investigación, no impedirá, no obstante, la aplicación del presente apartado;

c) compensación por la prestación de servicios de interés económico general que atiendan necesidades sociales en lo referente a la asistencia sanitaria, asistencia de larga duración, asistencia infantil, acceso a la reintegración en el mercado laboral, viviendas sociales y protección e inclusión social de grupos vulnerables;

d) compensación por la prestación de servicios de interés económico general en lo relativo a conexiones aéreas o marítimas con islas en las que el tráfico medio anual durante los dos ejercicios económicos anteriores a aquel en el que se atribuyó el carácter de servicio de interés económico general no hubiere superado los 300 000 pasajeros;

e) compensación por la prestación de servicios de interés económico general en lo relativo a aeropuertos y puertos cuyo tráfico medio anual durante los dos ejercicios económicos anteriores a aquel en el que se atribuyó el carácter de servicio de interés económico general no hubiere superado 200 000 pasajeros en el caso de los aeropuertos y 300 000 pasajeros en el caso de los puertos.’

²¹ Artículo 107 TFUE (antiguo artículo 87 TCE): ‘3. Podrán considerarse compatibles con el mercado interior: c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común’

servicios en un determinado mercado), y no por su estatuto jurídico o su modo de financiación.²²

La sección 2.3 de la Comunicación (*Contratación pública de servicios de investigación y desarrollo*) trata de arrojar algo de luz sobre las ayudas estatales en lo que respecta a la adquisición de servicios de I+D.

En este contexto, la Comisión entenderá en principio que no se ha concedido ninguna ayuda estatal en el sentido del artículo 107.1 del TFUE, '*siempre y cuando la contratación pública se lleve a cabo mediante un procedimiento de licitación abierto de acuerdo con las directivas aplicables*'.²³

Si no se lleva a cabo un procedimiento abierto de acuerdo con las directivas pertinentes, la Comisión considerará que no se concede ayuda estatal cuando el precio pagado refleja el valor de mercado de los beneficios y los riesgos.²⁴ Se deben cumplir cuatro condiciones:

- 1) El procedimiento de selección es abierto, transparente y no discriminatorio, basado en criterios de selección y adjudicación objetivos y especificados antes del inicio del procedimiento.
- 2) Los acuerdos contractuales previstos que describen todos los derechos y obligaciones de las partes, incluso con respecto a los DPI, están a disposición de todos los licitadores interesados antes del procedimiento de licitación.
- 3) La contratación no otorga a ninguno de los participantes un trato preferente o preferencial en el suministro de volúmenes comerciales de los productos o servicios finales a un comprador público Estado miembro en cuestión.²⁵
- 4) Se cumple al menos una de las siguientes condiciones:
 - 4.1. Todos los resultados que no dan lugar a DPI pueden difundirse ampliamente, por ejemplo, la publicación, la enseñanza o la contribución a organismos de normalización de una manera que permita a otras empresas reproducirlos. Además, cualquier DPI se cederá íntegramente al comprador público. Es decir, la difusión debe ser amplia y no exclusiva y no discriminatoria.
 - 4.2. Cualquier prestador del servicio al que se ceden los resultados que generen DPI está obligado a conceder al comprador público acceso ilimitado y gratuito, y a conceder acceso a terceros en determinadas circunstancias. Por ejemplo, mediante licencias no exclusivas en condiciones de mercado.

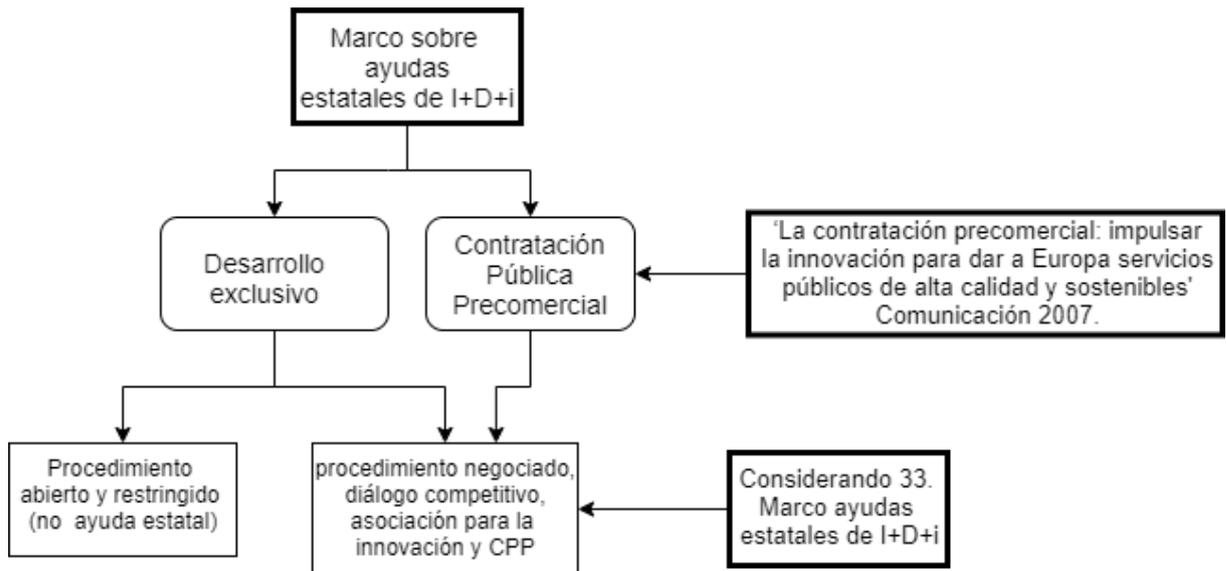
El siguiente gráfico presenta una perspectiva general de las normas sobre ayudas estatales de acuerdo con los diferentes tipos de procedimientos.

²² Véase el considerando 17 de la *Comunicación de la Comisión. Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación (2014/C 198/01)*.

²³ Una nota a pie de página lo hace extensivo a los procedimientos restringidos.

²⁴ Esto incluye la Compra Pública Precomercial. Sin embargo, ciertos procedimientos específicos, como el procedimiento negociado con (o sin) publicidad, el diálogo competitivo y la asociación para la innovación no se mencionan expresamente.

²⁵ Sin perjuicio de los procedimientos que cubren tanto el desarrollo como la posterior adquisición de productos o servicios únicos o especializados.



De ello se deduce que, en la implementación de un diálogo competitivo, de un procedimiento negociado (aún más si es sin publicidad) o de una asociación para la innovación, demostrar que no se han concedido ayudas estatales podría resultar problemático.

Además, desde la publicación de las Directivas de Contratación Pública de 2014, la cuestión se ha vuelto más urgente, ya que esta normativa ha aumentado el alcance de estos procedimientos, a la vez que ha introducido el nuevo procedimiento de la asociación para la innovación. No obstante, obvian el tema de la ayuda estatal.²⁶

Determinar la existencia de ayuda estatal en el caso de la asociación para la innovación es aún más complejo, principalmente porque, dado que el procedimiento incluye la distribución comercial de las soluciones desarrolladas durante la fase de I+D, otorga a los participantes un *'trato preferente en el suministro de volúmenes comerciales de los productos o servicios finales a un comprador público en el Estado miembro'*.²⁷

Esto es problemático, ya que el uso de este procedimiento presenta un alto riesgo de cierre del mercado a otros competidores y de exclusión de otras inversiones de I+D, lo que a su vez conduce a un uso ineficiente de los recursos públicos. Además, antes de la fase de I+D, es imposible demostrar que los proveedores seleccionados serán los que desarrollen en un futuro, la mejor solución en relación calidad-precio.

Como explica A. Sánchez Graells: *'Por decirlo suavemente, esto requeriría que las autoridades contratantes se empleasen en ejercicios imposibles de futurología, así como la restricción de la aplicación potencial de la asociación para la innovación a campos muy limitados (quizás solo en defensa), ya que es muy improbable que las innovaciones*

²⁶ Véase A. Sanchez-Graells, 'State aid and EU public procurement: more interactions, fuzzier boundaries'. L. Hancher & JJ Piernas López (eds), *Research Handbook on European State Aid Law* (2nd edn, Edward Elgar, 2020) forthcoming. Página 10.

²⁷ Véase el considerando 33 c) de la *Comunicación de la Comisión. Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación (2014/C 198/01)*.

relevantes no sean aplicables más allá de las necesidades de una única autoridad contratante'.²⁸

La Comisión entiende que esta línea de razonamiento presenta deficiencias. De ahí que la Comunicación aclare que: *'Cuando no se cumplen las condiciones del punto 33, los Estados miembros pueden basarse en una evaluación individual de las condiciones del contrato entre el comprador público y la empresa, sin perjuicio de la obligación general de notificar una ayuda estatal de I+D+i de conformidad con el artículo 108, apartado 3, del Tratado*'.²⁹

A este respecto, una medida de ayuda será compatible con el mercado interior si *'la incidencia positiva de la ayuda en pos de un objetivo de interés común supera sus potenciales efectos negativos para el comercio y la competencia*'.³⁰ Esta es una declaración muy vaga, por lo que una serie de criterios añadidos ayudan a evaluar si una medida de ayuda es compatible con los principios del TFUE:

- Una medida de ayuda estatal tiene un objetivo de interés común.
- Es necesaria la intervención del Estado para solucionar un fallo de mercado. En la evaluación de un posible fallo de mercado, la Comisión tendrá especialmente en cuenta los estudios sectoriales proporcionados por el Estado miembro en cuestión. Sin embargo, el Estado miembro no tiene la obligación de presentar esos estudios.³¹
- La medida es apropiada y adecuada para abordar el objetivo de interés común arriba mencionado.
- La medida tiene un efecto incentivador para las empresas a las que se dirige³².
- La medida es proporcional, es decir es el importe y la intensidad mínimos requeridos para producir el efecto deseado.
- Los efectos negativos de la medida deben ser limitados, de modo que su balance general sea positivo.
- La medida debe ser transparente, lo que significa un fácil acceso a toda la información y documentos sobre la ayuda concedida.³³

²⁸ Véase A. Sanchez-Graells, 'State aid and EU public procurement: more interactions, fuzzier boundaries'. L. Hancher & JJ Piernas López (eds), *Research Handbook on European State Aid Law* (2nd edn, Edward Elgar, 2020) forthcoming. Página 11.

²⁹ Véase el considerando 34 de la *Comunicación de la Comisión. Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación (2014/C 198/01)*.

³⁰ Véase el considerando 35 de la *Comunicación de la Comisión. Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación (2014/C 198/01)*.

³¹ Véase el considerando 52 de la *Comunicación de la Comisión. Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación (2014/C 198/01)*.

³² Este criterio no es fácil de demostrar, ya que se requiere una comparación entre el resultado con y sin ayuda. Los Estados miembros deben proporcionar *'en la medida de lo posible, una descripción completa de lo que habría ocurrido o razonablemente podría haberse esperado que ocurriera, es decir, de la situación contrafáctica. La situación contrafáctica puede consistir en que no hay un proyecto alternativo, o en un proyecto alternativo claramente definido y suficientemente predecible por el beneficiario en su toma de decisiones interna, y puede estar relacionada con un proyecto alternativo total o parcialmente realizado fuera de la Unión*'. Véase el considerando 66 de la *Comunicación de la Comisión. Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación (2014/C 198/01)*.

³³ Véase el considerando 36 de la *Comunicación de la Comisión. Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación (2014/C 198/01)*.

De ello se deduce que, para implementar un diálogo competitivo o una asociación para la innovación, la mejor forma de proceder sería notificar a la Comisión sobre el procedimiento que se pretende implementar, para evitar potenciales problemas de ayuda estatal.

En cualquier caso, es obvio que hay mucho que investigar y analizar en cuanto a la evaluación de la existencia (o no) de ventajas económicas en procedimientos que no son abiertos o restringidos.

3. Reglamento (UE) No 651/2014 de la Comisión de 17 de junio de 2014 por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado. El Reglamento General de Exención por Categorías (GBER en sus siglas en inglés)

En este reglamento, la Comisión declara categorías específicas de ayuda estatal compatibles con el TFUE bajo ciertas condiciones, eximiéndolas así del procedimiento de notificación previa y aprobación de la Comisión.³⁴

En particular, la ayuda para proyectos de investigación y desarrollo es compatible con el mercado interior y está exenta de la obligación de notificar previamente a la Comisión, siempre que los fondos se asignen a investigación fundamental o industrial, desarrollo experimental o estudios de viabilidad, la intensidad de la ayuda para la investigación y el desarrollo no supere un cierto porcentaje y la cuantía no supere ciertos umbrales establecidos en el artículo 4 (umbrales de notificación):

i) si se trata de un proyecto predominantemente de investigación fundamental: 40 millones EUR por empresa y por proyecto; tal es el caso cuando más de la mitad de los costes subvencionables del proyecto se generan a través de actividades clasificadas en la categoría de investigación fundamental,

ii) si se trata de un proyecto predominantemente de investigación industrial: 20 millones EUR por empresa y por proyecto; tal es el caso cuando más de la mitad de los costes subvencionables del proyecto se generan a través de actividades clasificadas en la categoría de investigación industrial o en las categorías de investigación industrial e investigación fundamental tomadas conjuntamente,³⁵

iii) si se trata de un proyecto predominantemente de desarrollo experimental: 15 millones EUR por empresa y por proyecto; tal es el caso cuando más de la mitad de los costes subvencionables del proyecto se generan a través de actividades clasificadas en la categoría de desarrollo experimental,³⁶

iv) si se trata de un proyecto Eureka o de un proyecto ejecutado por una empresa común, establecida sobre la base del artículo 185 o del artículo 187 del Tratado, los importes contemplados en los incisos i) a iii) se duplicarán,

v) si las ayudas a proyectos de investigación y desarrollo se conceden en forma de anticipos reembolsables que, en ausencia de un método aceptado para calcular su equivalente de subvención bruto, se expresen en porcentaje de los costes subvencionables y la medida establece que en caso de éxito del proyecto, definido sobre la base de una hipótesis razonable y prudente, los anticipos se reembolsarán a un tipo de interés al menos igual al tipo de actualización aplicable en el momento de la concesión, los importes contemplados en los incisos i) a iv) se incrementarán un 50 %,

³⁴ Véase B. von Wendland. *New Rules for State Aid for Research, Development and Innovation: Not a Revolution but a Silent Reform*. European State Aid Law Quarterly, Volume 14 (2015), Issue 1, página 36.

³⁵ Una modificación importante del nuevo *Reglamento General de Exención por Categorías* es que la construcción de prototipos en un entorno de laboratorio se incluye ahora explícitamente en la categoría de investigación industrial, mientras que en la regulación de 2006 quedaba relegada al desarrollo experimental. La razón es que se consideraba que ciertos prototipos podrían implementarse comercialmente y, en consecuencia, el riesgo se consideraba bajo. Sin embargo, se ha demostrado suficientemente que ciertos prototipos no se pueden implementar comercialmente y que, de hecho, son necesarios para obtener una prueba de concepto. Véase B. von Wendland. *New Rules for State Aid for Research, Development and Innovation: Not a Revolution but a Silent Reform*. European State Aid Law Quarterly, Volume 14 (2015), Issue 1, página 27.

³⁶ Téngase en cuenta que, a efectos de la obligación de notificación previa a la Comisión, ‘predominantemente’ significa que más de la mitad de los costes elegibles del proyecto se destinan a investigación fundamental, investigación industrial y desarrollo experimental respectivamente.

vi) ayudas para estudios de viabilidad previos a las actividades de investigación: 7,5 millones EUR por estudio.³⁷

³⁷ Véase artículo 25. Ayudas a proyectos de investigación y desarrollo.

'3. Los costes subvencionables de los proyectos de investigación y desarrollo se asignarán a una categoría específica de investigación y desarrollo y serán los siguientes: a) los **costes de personal**: investigadores, técnicos y demás personal auxiliar, en la medida en que estén dedicados al proyecto; b) los **costes del instrumental y material**, en la medida y durante el período en que se utilicen para el proyecto; en caso de que el instrumental y el material no se utilicen en toda su vida útil para el proyecto, únicamente se considerarán subvencionables los costes de amortización correspondientes a la duración del proyecto, calculados de acuerdo con los principios contables generalmente aceptados; c) los **costes de edificios y terrenos**, en la medida y durante el período en que se utilicen para el proyecto; en lo que respecta a los edificios, únicamente se considerarán subvencionables los costes de amortización correspondientes a la duración del proyecto, calculados de acuerdo con los principios contables generalmente aceptados; en el caso de los terrenos, serán subvencionables los costes de traspaso comercial o los costes de capital en que efectivamente se haya incurrido; d) los **costes de investigación contractual, conocimientos y patentes adquiridos u obtenidos por licencia de fuentes externas en condiciones de plena competencia, así como los costes de consultoría y servicios equivalentes destinados de manera exclusiva al proyecto**; e) los **gastos generales y otros gastos de explotación adicionales**, incluidos los costes de material, suministros y productos similares, que se deriven directamente del proyecto.

4. En los estudios de viabilidad serán costes subvencionables los costes del estudio.

5. La intensidad de ayuda para cada beneficiario no excederá: **a) del 100 % de los costes subvencionables, para la investigación fundamental; b) del 50 % de los costes subvencionables, para la investigación industrial; c) del 25 % de los costes subvencionables, para el desarrollo experimental; d) del 50 % de los costes subvencionables, para los estudios de viabilidad.**

6. Las intensidades de ayuda para la investigación industrial y el desarrollo experimental podrán aumentarse hasta un máximo del 80 % de los costes subvencionables, como se indica a continuación: a) en 10 puntos porcentuales en el caso de las medianas empresas y en 20 puntos porcentuales en el caso de las pequeñas empresas; b) en 15 puntos porcentuales si se cumple alguna de las siguientes condiciones: i) que el proyecto implique una colaboración efectiva: — entre empresas, al menos una de las cuales sea una PYME, o se desarrolle en al menos dos Estados miembros, o en un Estado miembro y en una Parte Contratante en el Acuerdo EEE, y que ninguna empresa corra por sí sola con más del 70 % de los costes subvencionables, o — entre una empresa y uno o varios organismos de investigación y difusión de conocimientos, asumiendo estos como mínimo el 10 % de los costes subvencionables y teniendo derecho a publicar los resultados de su propia investigación, ii) que los resultados del proyecto se difundan ampliamente por medio de conferencias, publicaciones, bases de libre acceso o programas informáticos gratuitos o de fuente abierta.

7. Las intensidades de ayuda para los estudios de viabilidad podrán incrementarse en 10 puntos porcentuales en el caso de las medianas empresas y en 20 puntos porcentuales si se trata de pequeñas empresas.'

4. Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01)

En esta Comunicación, la Comisión trata de aclarar los elementos clave del concepto de ayuda estatal, como son empresa y actividad económica, origen estatal de los recursos, ventaja, selectividad (es decir, favorecer ‘determinadas empresas o producciones’) y distorsión de la competencia.

Cada uno de estos elementos se abordará en detalle en esta sección:

3.1. Alcance subjetivo y objetivo del concepto de ayuda estatal a que se refiere el artículo 107, apartado 1, del TFUE

Según el Tratado, la normativa sobre ayudas estatales solo se aplica cuando el beneficiario de una medida es una ‘empresa’. Es decir, cualquier tipo de entidad, independientemente de su estatuto jurídico y de su modo de financiación, que ejerza una actividad económica. Por lo tanto, la característica principal de una ‘empresa’ es la naturaleza de sus actividades:

- 1) Una ‘empresa’ debe ejercer una actividad económica (ofrecer bienes y servicios en un mercado).³⁸
- 2) Su estatuto jurídico (empresa privada, asociación o club, entidad pública) no es relevante. Esto significa que la clasificación que haga la legislación nacional y el hecho de que la entidad haya sido creada con el objetivo de generar (o no) beneficios no es decisivo.
- 3) Tampoco es relevante la forma de financiación. La clasificación no se basa en el hecho de que la entidad esté configurada para generar ganancias.³⁹

Lo importante es si la entidad está ofreciendo bienes y servicios en un mercado. Sin embargo, un mercado puede o no existir dependiendo de cómo cada Estado miembro organice esos servicios. Además, el hecho de que una entidad contratante decida proporcionar un servicio internamente no excluye la existencia de un mercado.⁴⁰

Por otro lado, las ayudas estatales en el sentido del artículo 107.1 del TFUE no incluyen actividades en las que el Estado ejerza poderes públicos. Esto a su vez significa que, si una entidad pública se dedica a una actividad económica que pueda disociarse del

³⁸ El Tribunal de Justicia de la UE definió el concepto de empresa como “*toda entidad que se dedique a una actividad económica, independientemente de la condición jurídica de la entidad y de la forma en que se financia*”. Véase la sentencia de 23 de abril de 1991. Klaus Höfner y Fritz Elser contra Macrotron GmbH (C-41/90, ECLI: EU: C: 1991: 161). La actividad debe consistir en la oferta de bienes o servicios en un mercado determinado. Véase la sentencia de 12 de septiembre de 2000. Pavel Pavlov y otros contra Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten (asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, ECLI: EU: C: 2000: 428). Determinar si existe un mercado para determinados servicios dependerá de cómo se organicen dichos servicios en un Estado miembro. No obstante, la existencia de una actividad económica no queda excluida cuando ciertos operadores económicos quieran y puedan prestar el servicio en el mercado en cuestión, pero las autoridades públicas no lo permitan: que un servicio se preste internamente es irrelevante a efectos de la naturaleza económica de la actividad.

³⁹ La clasificación de una entidad como empresa está relacionada con una actividad específica. Si una entidad realiza actividades económicas y no económicas se considerará empresa únicamente respecto a las primeras.

⁴⁰ Véase la *Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general* (2012/C 8/02).

ejercicio de sus prerrogativas de autoridad pública, esa entidad será considerada como una empresa en relación con esa actividad.

3.2. Condiciones cumulativas para que exista ayuda estatal

Dos condiciones cumulativas relacionadas con el origen público de una medida son requisitos para la existencia de ayuda estatal:

- 1) Otorgar una ventaja mediante recursos estatales, ya sea de manera directa (por una autoridad pública) o indirecta (por instituciones autónomas designadas por las autoridades públicas).

*'A tenor del artículo 107, apartado 1, del Tratado, únicamente las ventajas otorgadas directa o indirectamente mediante fondos estatales pueden constituir ayuda estatal.'*⁴¹

Es cierto que los recursos de organismos privados pueden fortalecer la posición de ciertas empresas, pero no entran en el ámbito de aplicación del artículo 107 del TFUE. Sin embargo, en determinadas circunstancias, estos recursos provenientes del sector privado pueden considerarse recursos estatales.⁴²

*'57. El origen de los fondos es irrelevante siempre y cuando, antes de ser transferidos directa o indirectamente a los beneficiarios, pasen bajo control público y, por lo tanto, a disposición de las autoridades nacionales, incluso cuando los fondos no sean propiedad de la autoridad pública.'*⁴³

A este respecto, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2000, Francia vs Ladbroke Racing Ltd y Comisión:⁴⁴

'el artículo 92, apartado 1, del Tratado comprende todos los medios económicos que el sector público puede efectivamente utilizar para apoyar a las empresas, independientemente de que dichos medios pertenezcan o no de modo permanente al patrimonio de dicho sector.'

La misma conclusión se desprende del apartado 67 de la sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 1996, Air France vs Comisión:⁴⁵

'67 El Tribunal de Primera Instancia considera que la inversión objeto de litigio, financiada mediante el saldo disponible en la Caisse, puede falsear la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 92 del Tratado'⁴⁶, del mismo modo que si dicha inversión se hubiera financiado mediante ingresos constituidos por impuestos o cotizaciones obligatorias. Por lo tanto, dicha disposición comprende todos los medios económicos que el sector público puede efectivamente utilizar para apoyar a las empresas, independientemente de que dichos medios pertenezcan o no de modo permanente al patrimonio de dicho sector.'

- 2) La imputabilidad de tal medida al Estado:⁴⁷

⁴¹ Véase el considerando 47 de la *Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01)*.

⁴² Véase el considerando 48 de la *Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01)*.

⁴³ *Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01)*.

⁴⁴ C-83/98 P, ECLI:EU:C:2000:248. Apartado 50.

⁴⁵ T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194. El caso se refiere a una ayuda otorgada por la *Caisse des Dépôts et Consignations* que se financió con **depósitos voluntarios de ciudadanos privados**. Los fondos se consideraron recursos del Estado porque la *Caisse* podía utilizarlos los saldos resultantes de depósitos y retiradas de dinero como si estuvieran permanentemente a su disposición.

⁴⁶ Actual artículo 107.1 TFUE.

⁴⁷ Véase el considerando 39 de la *Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01)*.

'En los casos en que una autoridad pública concede una ventaja a un beneficiario, la medida es por definición imputable al Estado, aun cuando la autoridad en cuestión goce de autonomía jurídica respecto de otras autoridades públicas. Lo mismo ocurre cuando una autoridad pública designa a un organismo privado o público para administrar una medida que concede una ventaja.'

Si es una empresa pública la que otorga la medida, probar la imputabilidad puede resultar difícil. De ahí que se recurra a un conjunto de indicios derivados de las circunstancias particulares del caso, como serían ciertos factores que vinculan la empresa pública con el Estado (por ejemplo, la integración de la empresa pública en las estructuras de la administración pública, la naturaleza de las actividades de la empresa pública y su ejercicio sobre el mercado en condiciones normales de competencia, grado de supervisión que ejercen las autoridades públicas sobre la gestión de la empresa, etc.)

3.3. *Naturaleza de las medidas que pueden considerarse ayudas estatales.*

Para que exista ayuda estatal, no tiene por qué haber una transferencia efectiva de fondos. Las subvenciones directas, los préstamos, las garantías, la inversión directa en el capital de las empresas, los créditos fiscales y los beneficios en especie también pueden constituir ayudas estatales.⁴⁸

3.4. *Noción de ventaja y condiciones acumulativas del caso Altmark que la excluyen.*

Una ventaja en el contexto del artículo 107.1 tiene lugar si, como resultado de la intervención del Estado alterando las condiciones normales de un mercado, la situación financiera de una empresa se ve mejorada. La causa o el objetivo de la intervención del Estado no es relevante. De ahí que sea *'irrelevante si la ventaja es obligatoria para la empresa, puesto que esta no podía evitarla ni rechazarla'*.⁴⁹

Al respecto, es importante tener en cuenta las cuatro condiciones cumulativas del caso Altmark (analizado en la sección 1), que excluyen la compensación por prestación de un SIEG de la normativa sobre ayudas estatales.⁵⁰

3.5. *Selectividad*

Solo las medidas que favorecen a determinados operadores económicos o a determinados sectores entran en el ámbito de aplicación del artículo 107.1 del TFUE. Las medidas generales que no benefician de manera selectiva determinadas empresas o determinados sectores económicos no se califican como ayuda estatal.

3.6. *Distorsión de la competencia*

Según el artículo 107.1 las medidas públicas solo pueden considerarse ayudas estatales si falsean la competencia y afectan al comercio entre los Estados miembros.⁵¹ Para que se considere que hay una distorsión de la competencia, no es necesario que la medida tenga una incidencia real en los intercambios comerciales entre los Estados miembros, sino que basta con que a ayuda pueda afectar a dichos intercambios.

⁴⁸ La liberación de cargas económicas o la renuncia de ingresos que de otro modo se habrían pagado al Estado también se califican como recursos estatales que pueden constituir ayuda estatal en virtud del artículo 107(1).

⁴⁹ Véase el considerando 67 de la *Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01)*.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de Julio de 2003. Altmark (C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415).

⁵¹ Véanse los considerandos 185 y 186 de la *Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01)*.

Si concurren el resto de los elementos definitorios de la ayuda estatal, se presume que este también se cumple. En cualquier caso, el Estado que otorga la ayuda o su beneficiario tienen la carga de la prueba de que la medida no altera la competencia. Sin embargo, la distorsión de la competencia queda excluida cuando se cumplen cuatro condiciones acumulativas:

- 1) Un servicio está sujeto a un monopolio legal (establecido conforme a la legislación de la UE). La distorsión de la competencia generalmente se basa en la existencia de un mercado abierto a la competencia. Cuando hay un mercado, las normas sobre ayudas estatales son de aplicación. Si no lo hay, no.
- 2) Este monopolio legal excluye la posibilidad de que cualquier competidor se convierta en el prestador exclusivo del servicio en cuestión (excluye la competencia en el mercado y para el mercado). Por el contrario, si existe un mercado, pero el Estado miembro ha decidido reservar el mercado a una sola empresa (que es una opción cuando se trata de SIEG), la compensación está sujeta al control de la ayuda estatal.⁵²
- 3) El servicio no compite con otros servicios.
- 4) Si el proveedor de servicios está activo en otro mercado (geográfico o de producto) abierto a la competencia, se debe eliminar la posibilidad de que haya subvenciones cruzadas.

Otra condición que descarta una posible distorsión de la competencia es la cuantía de la ayuda. Si este importe se encuentra por debajo de los umbrales establecidos en el *Reglamento (UE) no 1407/2013 de la Comisión de 18 de diciembre de 2013 relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis*, la medida no está bajo el alcance del artículo 107.1 y está exenta del requisito de notificación del artículo 108.3 del TFUE.

Si combinamos los resultados de esta Comunicación con la *Comunicación de la Comisión: Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación (2014/C 198/01)* (explicado en la sección 2), la conclusión es que las transacciones económicas realizadas por los organismos públicos (incluidas las empresas públicas) en condiciones normales de mercado no confieren una ventaja a la otra parte y por lo tanto, no constituyen una ayuda.

La idea subyacente es evaluar si el comprador público se está comportando como un operador de mercado. Es decir, en esa misma situación, ¿un operador económico en ese mercado habría llevado a cabo la transacción?

Además, el Estado miembro que alega que actuó como un operador económico tiene la carga de la prueba de que *'la decisión de realizar la transacción fue adoptada sobre la base de evaluaciones económicas comparables a las que, en circunstancias similares, un*

⁵² Véase el considerando 37 de la *Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés (2012/C 8/02)*: *'De hecho, cuando la actividad económica se haya abierto a la competencia, la decisión de prestar el SIEG mediante métodos distintos de un procedimiento de contratación pública que garantice el menor coste para la colectividad, puede originar falseamientos al impedir la entrada de competidores o facilitar la expansión del beneficiario en otros mercados.'*

operador racional en una economía de mercado (...) habría realizado para determinar la rentabilidad o ventajas económicas de la transacción.’⁵³

Llevar a cabo un análisis del estado de la técnica (SOTA en sus siglas en inglés), realizar una consulta de mercado, elaborar un estudio de negocio y documentar exhaustivamente estos pasos, antes de tomar la decisión de licitar, puede servir de potencial justificación ante sospechas de ayuda estatal.

En términos generales, los procedimientos regulados en las Directivas de contratación pública están en línea con las condiciones del mercado y con los principios del TFUE sobre contratación pública, siempre que sean:⁵⁴

- Competitivos, permitiendo que todos los licitadores interesados y cualificados participen.
- Transparentes, lo que permite que todos los licitadores interesados estén igual y debidamente informados en cada etapa del procedimiento de licitación. Esto significa que una licitación debe publicarse con bastante antelación, haciendo que los criterios de selección y adjudicación sean ampliamente conocidos. Además, el grado de publicidad (a nivel europeo o internacional) dependerá de los productos, servicios o suministros solicitados.
- No discriminatorios, lo que significa que los criterios objetivos de selección y de adjudicación se especifican por adelantado y permiten que las ofertas se comparen y evalúen objetivamente, asegurando así que la transacción resultante sea en condiciones del mercado.
- Incondicional, en el sentido de que *‘si existe la condición de que el comprador asuma obligaciones especiales, en beneficio de las autoridades públicas o en interés público general, que un vendedor privado no habría pedido la licitación no puede considerarse incondicional’.*

En resumen: una transparencia suficiente (que incluye la publicación previa de todos los derechos y obligaciones de las partes) aumenta la competencia, lo que a su vez garantiza un precio de mercado. Estas es la definición clara del procedimiento abierto y del restringido.

‘Puede demostrarse directamente mediante información de mercado específica de la transacción si esta respeta las condiciones de mercado en las siguientes situaciones: ii) cuando se refiere a la venta y adquisición de activos, bienes y servicios (u otras transacciones comparables) realizadas mediante una licitación competitiva, transparente, no discriminatoria e incondicional.’⁵⁵

Sin embargo, ambas Comunicaciones desconfían de los procedimientos negociados y más flexibles que las Directivas de Contratación Pública de 2014 promueven para la compra de soluciones innovadoras: procedimiento negociado (con o sin publicidad), diálogo competitivo y la ‘novedosa’ asociación para la innovación.

⁵³ Véase el considerando 79 de la *Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01)*.

⁵⁴ Véanse los considerandos 89 a 92 de la *Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01)*.

⁵⁵ Véase el considerando 84 de la *Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01)*.

‘Utilizar y cumplir los procedimientos previstos en las Directivas sobre contratación pública puede considerarse suficiente para respetar los requisitos anteriores, siempre y cuando concurren todas las condiciones para el uso del procedimiento respectivo. Esto no se aplica en circunstancias específicas que hagan imposible establecer un precio de mercado, como el uso del procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación. Si solo se presenta una oferta, el procedimiento normalmente no sería suficiente para garantizar un precio de mercado, salvo que i) existan salvaguardias especialmente sólidas en el diseño del procedimiento que garanticen la competencia genuina y efectiva y no sea evidente que solo un operador sea capaz, desde un punto de vista realista, de presentar una oferta creíble o ii) las autoridades públicas verifiquen, utilizando medios adicionales, que el resultado corresponde al precio de mercado.’⁵⁶

En estos casos, un estudio comparativo referido a costes/precio que garantice que se trata de un precio de mercado parece ser el enfoque preferido de la Comisión.

Sin embargo, mientras que esto es relativamente fácil cuando el comprador público adquiere un producto, servicio o suministro relativamente maduro, no es tan sencillo cuando se trata de comprar soluciones innovadoras.

La propia Comunicación lo insinúa:

*‘resulta útil distinguir entre situaciones en las que puede demostrarse directamente que la transacción respeta las condiciones de mercado mediante datos de mercado específicos de la transacción, y aquellas en las que, debido a que se carece de tales datos, debe evaluarse sobre la base de otros métodos disponibles si la transacción respeta las condiciones de mercado’.*⁵⁷

Estos otros métodos son principalmente los estudios comparativos (o benchmarking) y otros métodos de evaluación.

- La evaluación comparativa consiste en comparar la transacción con operaciones similares realizadas por operadores económicos privados. Este método puede no ser útil cuando los precios han sido distorsionados por intervenciones públicas significativas. El resultado final será un rango de valores con los que se puede comparar la medida.
- Otros métodos de evaluación ampliamente conocidos son el cálculo de la rentabilidad de las inversiones (ROI en sus siglas en inglés), la tasa interna de rentabilidad (IRR en sus siglas en inglés) o el valor actual neto (VPN en sus siglas en inglés). Para garantizar que el examen sea válido, también se debe implementar un análisis de sensibilidad, evaluar diferentes escenarios, preparar planes de contingencia y comparar los resultados con metodologías de evaluación alternativas. El mejor curso de acción es combinar diferentes métodos para garantizar que la transacción no caiga bajo la definición de ayuda estatal

Sin embargo, la implementación de estos métodos puede resultar difícil, dependiendo del grado I+D requerido (es decir, dependiendo de la cercanía al mercado de la solución deseada). Si está cerca del mercado, la evaluación comparativa no será tan complicada. Sin embargo, este análisis del mercado puede volverse imposible cuando se trata de una asociación para la innovación, ya que el objetivo de este procedimiento es adquirir una solución que actualmente no existe en el mercado.⁵⁸

⁵⁶ Véase el considerando 93 de la *Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01)*.

⁵⁷ Véase el considerando 83 de la *Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01)*.

⁵⁸ A. Sanchez-Graells, *State aid and EU public procurement: more interactions, fuzzier boundaries*. L. Hancher & JJ Piernas López (eds), *Research Handbook on European State Aid Law (2nd edn, Edward Elgar, 2020)* forthcoming. Páginas 10 a 12.

5. Anuncio de la Comisión. Orientaciones sobre la contratación pública en materia de innovación. C (2018) 3051 final

Si no hay soluciones disponibles en el mercado o a punto de ser comercializadas, un comprador público puede tener que contratar servicios de I+D. De acuerdo con las Directivas de Contratación Pública de 2014, si el comprador público se reserva todos los beneficios de la investigación y el desarrollo, este procedimiento de adquisición de servicios de I + D entrará en su ámbito de aplicación. Mientras que, si el comprador público no se reserva todos estos beneficios, la adquisición estará fuera del ámbito de aplicación de las Directivas de Contratación Pública.⁵⁹

En este último caso, para evitar la distorsión de la competencia que puede implicar la existencia de ayudas estatales, el proveedor deberá pagar una compensación equivalente al precio de mercado de los derechos de propiedad intelectual.⁶⁰

4.1. Compra Pública Precomercial

La compra precomercial es una adquisición de servicios de I+D en la que el comprador público no se reserva todos los beneficios, sino que los comparte con los operadores económicos en condiciones de mercado. Por lo tanto, se exime de la aplicación de las disposiciones de las Directivas de Contratación Pública, lo que significa que los contratos deben adjudicarse prestando especial atención al punto 33 de la *Comunicación de la Comisión: Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación* para garantizar el cumplimiento de las normas sobre ayudas estatales.⁶¹

4.2. Contratación de suministros de investigación y desarrollo

La adquisición de suministros de investigación y desarrollo puede llevarse a cabo a través de cualquier procedimiento de contratación pública. El uso de un procedimiento negociado sin publicidad está permitido siempre que los productos o servicios estén destinados únicamente a la investigación, experimentación, estudio o desarrollo.

Sin embargo, desde la perspectiva exclusiva de ayuda estatal, este procedimiento no cumple con ninguna de las condiciones reguladas en el punto 33 de la *Comunicación de la Comisión: Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación*.

4.3. Asociación para la innovación

La asociación para la innovación es un nuevo procedimiento regulado en la Directiva 2014/24/UE al que se puede recurrir cuando la I+D es necesaria para desarrollar una solución a las necesidades de un comprador público. La diferencia con la Compra Pública Precomercial es que la Asociación para la Innovación cubre la fase de

⁵⁹ Véanse en concreto los artículos 25 de la Directiva 2014/23/EU, 14 de la Directiva 2014/24/EU y 32 de la Directiva 2014/25/EU.

⁶⁰ El valor real de mercado de los derechos de propiedad intelectual resultantes del procedimiento de licitación puede determinarse con posterioridad.

⁶¹ Véanse las cuatro condiciones enumeradas en la sección 2.

investigación y desarrollo, así como la posterior compra de la solución a uno de los socios participantes.

Esta ausencia de un procedimiento de contratación independiente para la compra de volúmenes comerciales de productos o servicios finales significa que la ayuda estatal solo se evita si la compra no otorga a ninguno de los socios un trato preferente en el suministro de volúmenes comerciales de los productos o servicios finales. Si la innovación es muy novedosa o disruptiva, es aún más importante asegurarse de que no haya ayuda estatal debido a un trato preferencial, ya que existe un alto riesgo de excluir a la competencia en el mercado y de frenar otras inversiones en I+D.

La asociación para la innovación no se encuadrará dentro de ayuda estatal si:

- 1) Los productos o servicios adquiridos son tan únicos o especializados que la entidad pública es el único comprador potencial.
- 2) No hay '*ningún otro proveedor en el mercado ajeno a la asociación de innovación al que se pudiera perjudicar*'.⁶² Sería esta la misma condición que la que permite el procedimiento negociado sin publicidad por razones técnicas. La compra es tan especializada que ningún otro proveedor, aparte de los proveedores que forman parte del procedimiento, es capaz de suministrar el servicio o producto.

Esto implica que el comprador público tiene un buen conocimiento del mercado y que ha realizado una investigación exhaustiva para identificar potenciales socios mucho antes de comenzar el procedimiento. Esta investigación bien puede referirse a la evaluación comparativa y otros métodos de evaluación mencionados en el punto 3.6. *Distorsión de la competencia*. Sin embargo, como ya se dijo en ese apartado, es muy probable que la implementación de estos métodos en la asociación para la innovación sea extremadamente compleja, ya que el objetivo de este procedimiento es adquirir y comercializar una solución que actualmente no existe en el mercado y para la que es necesaria un elevado grado de desarrollo de I+D.

Autores

Ms. Ana Lucia Jaramillo Villacís

Dr. Ana Isabel Peiró Baquedano

⁶² Véase *Anuncio de la Comisión. Orientaciones sobre la contratación pública en materia de innovación. C (2018) 3051 final*. Página 51.