

**LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO ESTRATEGIA: EL
FOMENTO DE LA INNOVACIÓN¹**

José María GIMENO FELIU²

INDEX

**1. PRINCIPALES OBJETIVOS DE LA REFORMA EUROPEA DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

1.1.- Líneas de la reforma europea de contratación pública.

1.2.- La visión de la contratación pública como estrategia.

**2.- LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO HERRAMIENTA PARA
FOMENTAR LA INNOVACIÓN.**

¹ Este estudio se enmarca en el Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y competitividad titulado “La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos” DER2015-67102-C2-1-P, cuyo IP es el autor.

² Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza.

1. PRINCIPALES OBJETIVOS DE LA REFORMA EUROPEA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

La revisión (que no mera actualización) de las Directivas sobre contratación pública se inscribe en un programa de conjunto cuyo objetivo es una modernización en profundidad del sistema público de contratación en la Unión Europea para ser más eficientes y diseñar políticas que permitan un mayor crecimiento en un contexto de globalización económica³. Lo que no significa una liberalización “sin restricciones” a la política de contratación pública, sino más bien todo lo contrario (avanzar hacia una contratación socialmente sostenible, responsable y transparente). Basta recordar el contenido de la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de mayo de 2011, sobre la igualdad de acceso a los mercados del sector público en la UE y en terceros países, y sobre la revisión del marco jurídico de la contratación pública, incluidas las concesiones (publicada en el DOUE 7 de diciembre de 2012), -se insiste en los comentarios incluidos en su Resolución del 18 de mayo de 2010 sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública-, en la que, si bien se opone enérgicamente a las medidas proteccionistas en el

³El ‘Informe de evaluación: impacto y eficacia de la legislación comunitaria sobre contratación pública’ (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm#main_contentSec1) recoge las opiniones y recomendaciones de más de seiscientos profesionales sobre la efectividad de las actuales directivas que rigen la contratación en organismos públicos. El informe destaca que las directivas sobre contratación pública han fomentado la apertura y la transparencia provocando que la competencia se haya intensificado. Esto se ha traducido en un ahorro de costes o inversión pública adicional que se cuantifica en 20.000 millones de euros, un cinco por ciento de los 420.000 millones de euros que se licitan anualmente a escala europea en contratos públicos. También recoge el deseo unánime de recortar, agilizar y flexibilizar los trámites burocráticos. Este aspecto resulta fundamental para las pequeñas y medianas empresas (PYME) que actualmente sufren completando la cantidad de exigencias administrativas que obligan los procesos de licitación. Este análisis ha servido de punto de partida para la revisión de las directrices que se acometió a finales del pasado año. Con ella se pretende mantener una política equilibrada que preste apoyo a la demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos con el medio ambiente, socialmente responsables e innovadores, ofreciendo además a las autoridades adjudicadoras unos procedimientos más sencillos y flexibles y que garanticen un acceso más fácil a las empresas, particularmente a las PYME.

ámbito de la contratación pública a escala mundial, cree firmemente en el principio de reciprocidad y proporcionalidad en dicho ámbito y, en este sentido, pide a la Comisión que realice un análisis detallado de las posibles ventajas y problemas asociados con la imposición de restricciones proporcionadas y específicas al acceso a determinados sectores de los mercados de contratación pública de la UE, una evaluación de impacto que analice cuándo pueden aplicarse, así como una evaluación del fundamento jurídico que requeriría este instrumento, para aquellos socios comerciales que se benefician de la apertura del mercado de la UE pero que no han demostrado intención alguna de abrir sus mercados a las empresas de la UE, alentando a la vez a los socios de la UE a que ofrezcan a las empresas europeas condiciones de reciprocidad y proporcionales en el acceso al mercado, antes de proponer cualquier otro nuevo texto en el ámbito de la contratación pública. Asimismo, el Parlamento solicita a la Comisión que evalúe los problemas asociados con las ofertas extraordinariamente bajas y que proponga soluciones adecuadas; recomienda a las autoridades contratantes que faciliten información temprana y suficiente a otros licitadores en caso de ofertas anormalmente bajas, con el fin de que puedan valorar si existen motivos para iniciar un procedimiento de recurso; y considera urgente que la UE alcance una mayor coherencia entre su política comercial exterior común y la práctica existente en los Estados miembros de aceptar ofertas excepcionalmente bajas de empresas cuyos países de origen no son signatarios del Acuerdo de Contratación Pública (ACP), en perjuicio de empresas de la Unión Europea y de las normas laborales, sociales y medioambientales de los Estados miembros de la Unión⁴.

⁴ Con fecha 23 de marzo de 2013 la Comisión Europea presentó la propuesta para la decisión Consejo relativa a la conclusión formal del Protocolo que modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP), el único acuerdo legalmente vinculante en la OMC relativa a la contratación pública. Por otro lado, en relación con la modernización de la política de contratación pública de la UE, apoya la petición de que se clasifiquen por prioridades las cuestiones tratadas en el Libro Verde y, en este sentido, pide a la Comisión que examine en primer lugar las cuestiones de la simplificación de las normas, el acceso equilibrado a los mercados del sector público, y la mejora del acceso de las PYME, y que emprenda como un segundo paso la revisión de la contratación pública y las concesiones, con el fin de obtener la necesaria y completa participación, no solo del Parlamento Europeo y los Estados miembros, sino también de los ciudadanos y las empresas. En fecha 7 de marzo de 2014 se ha publicado

1.1.- Líneas de la reforma europea de contratación pública.

En este contexto, la aproximación al concreto alcance de esta reforma comunitaria obliga a unas precisiones previas, que aun conocidas, merecen un comentario. La primera, que el objetivo principal de esta normativa comunitaria es garantizar la eficiencia de los fondos públicos. A tal fin la obligación de transparencia es un instrumento principal que ha de garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (STJUE de 7 de diciembre de 2000, ARGE). Este principio encuentra su principal manifestación práctica, en primer lugar, a través de una adecuada publicidad de los contratos adjudicables en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de las distintas ofertas de contratos públicos, presentando la misma una doble faceta: a) como mecanismo de fiscalización de la Administración, la publicidad constituye una magnífica ayuda para el juego limpio en la vida administrativa y una oportunidad de control a disposición de los administradores y de los candidatos contractuales; b) como medio de promoción de la concurrencia entre los agentes económicos implicados. Publicidad que debe generar competencia o concurrencia empresarial, como recuerda la STJUE de 15 de octubre de 2009, *Acoset*, al afirmar que los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados. La obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en particular la STJUE de 6 de abril de 2006, *ANAV* apartado 21). Al respecto, es *leading case* la doctrina fijada por la STJUE de 16 de

en el DOUE el Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública, hecho en Marrakech el 15 de abril de 1994. En concreto, reemplaza el Preámbulo, los artículos I a XXIV y los Apéndices del Acuerdo de 1994, por las disposiciones establecidas en su anexo.

septiembre de 2013 (Comisión contra Reino de España), aplicable con carácter general a cualquier procedimiento de licitación pública.

Se trata, en definitiva, de prevenir la arbitrariedad de la decisión (STJUE de 2 de junio de 2016, *Pippo Pizzo*). No es cuestión de extenderse, pero conviene insistir en la “fuerza” de estos principios comunitarios, que han mutado la práctica nacional de la contratación pública y que tienen su fundamento en los Tratados, como bien recuerda el Considerando primero de la Directiva 24/2014 de contratación pública⁵.

Por otra parte, la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada. Esto exige atender con especial interés la fase de ejecución del contrato, que debe ser comprendida desde esta perspectiva que pone el acento no en el procedimiento sino en el efectivo cumplimiento del fin público pretendido con la concreta prestación que se demanda y se licita. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración Pública⁶. Por ello, la normativa de los contratos debe tener una “visión completa” de todas las fases del contrato. Y las nuevas Directivas fijan ahora su atención en esta cuestión, regulando la modificación del contrato, la subcontratación o la resolución y fijando que sus principios despliegan efectos en todas las fases del contrato (artículo 18 Directiva 2014/24). Y también un instrumento muy útil como son las consultas preliminares del mercado, que deben servir para ajustar la licitación y sus características⁷.

⁵ Basta recordar la doctrina del TJUE (por todas, su sentencia de 16 de abril de 2015, en el asunto C-278/14).

⁶ Vid. J.M. GIMENO FELIU, El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, *pag*, 213.

⁷ Vid. C. DE GUERRERO MANSO, *Las consultas preliminares del mercado: una herramienta para mejorar la eficiencia en la contratación pública* in JM. Gimeno Feliu (Dir.): Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, 1047-1072.

1.2.- La visión de la contratación pública como estrategia.

La contratación pública -y su fundamento- ha cambiado de forma muy notable en los últimos años. De una visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva se ha evolucionado hacia la idea la contratación pública como “herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas”. Es decir, la contratación pública puede –y debe, diría- ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales. El principio de eficiencia, inherente a la contratación pública, no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio⁸. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos⁹.

8 Sobre el significado de la eficiencia —y su vinculación a una idea economicista de menor precio— me remito a mi estudio “Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, número monográfico de la revista *Presupuesto y Gasto Público sobre Calidad institucional, transparencia y buen gobierno*, núm. 82, 2016, *op. cit.*, 137-158. También al trabajo de T. MEDINA ARNAIZ, *Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad, Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 121, 2013, 87-97.

9 J. PONCE, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, pag. 479.

Y en ese contexto se explican los objetivos fijados en la «Estrategia Europa 2020»¹⁰. La nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado¹¹. Una correcta utilización del contrato público, como instrumento al servicio de políticas públicas, debe permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica cada vez más tensionada desde los mercados orientales, que obligan a repensar y reforzar la estrategia del mercado interior europeo.

Esto significa que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que convierte a la contratación pública en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras¹². Esta visión instrumental de la contratación pública nos conduce, como bien indica T. MEDINA, a hablar de la utilización de la contratación pública con el fin de orientar y afianzar comportamientos empresariales

¹⁰ «Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», COM (2010) 2020. la Estrategia Europa 2020 pivota sobre tres ejes: en primer lugar, apuesta por un crecimiento inteligente, es decir, por el desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación; en segundo lugar, por un crecimiento sostenible que promueva una economía que haga un uso más eficaz de los recursos, que sea más verde y competitiva y, por último, apuesta también por un crecimiento integrador, esto es, por el fomento de una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial.

¹¹ J.M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pag., 213.

¹² J.M. GIMENO FELIU, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, 2006, op.cit. 15-21, ibídem, “Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9 9, 2010, 50-55.

beneficiosos para el interés general sin que, necesariamente, estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato¹³.

La perspectiva instrumental de la contratación pública aconseja que en la fase de selección se exija y valore el cumplimiento de la legislación comunitaria de medio ambiente y de política social¹⁴, pues lo contrario supone abandonar una herramienta de consolidación de políticas públicas de gran alcance y abonar el campo a una posible deslocalización del tejido empresarial hacia legislaciones que no recogen dichas políticas ya que, obviamente, se traducen en costes económicos que resultarían difícilmente "asumibles", en clave de rentabilidad (pues esta debe analizarse desde la óptica efectiva del cumplimiento de objetivos públicos esenciales de nuestro país)¹⁵.

En esta línea debe recordarse que la introducción de condiciones relacionadas con la protección del medio ambiente (ecoetiquetas, productos reciclables, sistemas de depuración de vertidos, etc.) son admitidas ya desde hace tiempo como válidas por las Instituciones europeas (Comunicación de la Comisión de 28 de noviembre de 2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública). Y ello porque guardan relación con la política ambiental prevista en el artículo 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión

¹³ T. MEDINA, "Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea", en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos* 2010, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 43 a 94. También J. RODRIGUEZ ARANA, *La contratación del sector público como política pública*, en libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, 31-44.

¹⁴ Una posición contraria a la valoración en la contratación de criterios relativos a otras políticas de la Unión Europea -como cláusulas sociales o medioambientales- es sostenida por ARROWSMITH, S., *The E.C. procurement Directives, national procurement policies and better governance: the case for anew approach*, *European Law Review*, vol 21, núm 1 de 2002, 11-13.

¹⁵ Como destaca G. VARA ARRIBAS, es posible una contratación pública sostenible que combine adecuadamente criterios económicos con criterios sociales y ambientales. *Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública*, *Revista Española de Derecho Comunitario* núm. 26, 2008, 128. Sugerentes las reflexiones de B. PALACIN, *A la responsabilidad social por la contratación pública*, publicada en www.obcp.es.

Europea¹⁶. Otro tanto sucede con los condiciones que integran aspectos sociales, admitidas cuando éstos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato (Comunicación interpretativa de la Comisión de 10 de noviembre de 2001)¹⁷, lo que refleja la idea de que la contratación pública es una herramienta para la efectividad de políticas pública¹⁸. En todo caso, su utilización exige una adecuada ponderación y que se preserve la identidad de la prestación licitada.

Esto significa – siempre con respeto a lo que posibilitan los Acuerdos GATT–, que es posible regular un sistema de contratación pública que, respetando los principios

¹⁶ Por todos, puede consultarse a J. PERNAS GARCIA, *El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales*, en Observatorio de políticas ambientales 2012, coord. por Fernando López Ramón, Civitas, Cizur Menor, 2012, 299-323 y su monografía *Contratación Pública Verde, La Ley*, 2011. Con respecto a las consideraciones ecológicas relacionadas con las contrataciones públicas, resulta también de interés la Comunicación de la Comisión COM(2008) 400/2 «Public procurement for a better environment» (Contratación pública para la mejora del medio ambiente) (http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/com_2008_400.pdf) y el documento de servicios de la Comisión «Buying Green — Handbook on Green Public Procurement» (Adquisiciones ecológicas - Manual sobre contratación pública ecológica) (http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_es.pdf).

¹⁷ En un caso que la Comisión tuvo que examinar, el poder adjudicador se basó principalmente en los elementos siguientes para adjudicar un contrato a la empresa local de transporte: la implantación de la empresa en la localidad tenía, por una parte, repercusiones fiscales y suponía, por otra, la creación de puestos de trabajo estables; además, la adquisición en ese mismo lugar de un importante volumen de material y servicios por parte del proveedor garantizaba una serie de empleos locales. La Comisión consideró que los poderes adjudicadores no podían basarse en este tipo de criterios para evaluar las ofertas, dado que no permitían valorar una ventaja económica propia de la prestación objeto del contrato y que beneficiara al poder adjudicador. Esta primera objeción venía motivada por la violación de las normas sobre adjudicación contenidas en el artículo 36.1 de la Directiva 92/50/CEE. Vid. T. MEDINA ARNÁIZ, *Social Considerations in Spanish Public Procurement Law*, *Public Procurement Law Review*, vol. 20 (2), 2011, 56 - 79.

¹⁸ Vid. T. MEDINA ARNAIZ, *Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea*, en libro col. Observatorio de los Contratos Públicos 2010, Cizur Menor, 2011, 43-104.

Europeos, evite la precarización de las condiciones laborales¹⁹, desincentive la deslocalización empresarial y que no penalice a las empresas europeas ni a las PYMEs y que fomente los objetivos europeos de la economía circular²⁰. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración Pública. Por ello, la normativa de los contratos debe tener una “visión completa” de todas las fases del contrato y un objetivo de la contratación en clave de “inversión pública” y no de gasto.

Lo anteriormente expuesto explica por qué la reforma de la legislación sobre contratación pública constituye una de las doce acciones prioritarias inscritas en el Acta del Mercado Único, adoptada en abril de 2011 (IP/11/469)²¹. En efecto, para todos los Estados miembros, la eficacia del sistema público de pedidos ha pasado a ser una prioridad, habida cuenta de las limitaciones presupuestarias actuales. Así pues, es necesario disponer de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos y a sus proveedores adjudicar contratos transparentes y competitivos lo más fácilmente posible, para poder comprar con la mejor relación calidad/precio («value for money»)²².

¹⁹ Debe recordarse que las normas fundamentales de trabajo de la OIT prohíben el trabajo forzado (Convenciones 29 y 105) y el trabajo infantil (Convenciones 138 y 182) y establecen el derecho a la libertad de asociación y la negociación colectiva (Convenciones 87 y 98) y a la no discriminación en términos de empleo y ocupación (Convenciones 100 y 111). Las bases legales de las normas fundamentales de trabajo son las ocho convenciones centrales de la OIT arriba mencionadas, que han sido ratificadas por todos los 27 Estados miembros de la UE.

²⁰ Resultan de interés las reflexiones de M. COZZIO, “Le nuove direttive appalti e l’accesso delle piccole e medie imprese al mercato degli appalti pubblici (prima parte)”, Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici, en www.osservatorioappalti.unitn.it. Ibidem. “Le scelte del legislatore europeo per favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese”, *Rivista Diritto e pratica amministrativa*, núm. Especial mayo 2014, 8-21.

²¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Hacia un Acta del Mercado Único: Por una economía social de mercado altamente competitiva, de 27 de octubre de 2010, COM (2010) 608.

²² Bajo este concepto se pone de relieve la necesidad de que los bienes que se adquieran a través de los contratos públicos sean los adecuados para cubrir las necesidades públicas, pero también que el contratista esté capacitado para cumplir las condiciones del contrato en los términos previstos. Vid., por todos, ARROWSMITH, S.,

En definitiva, las condiciones sociales y ambientales así como el fomento de la innovación son uno de los principales ejemplos de esta visión estratégica en la contratación pública. Y, en consecuencia, podemos ya afirmar que están admitidos y fomentados por las instituciones comunitarias, dado que la contratación pública no es un fin en sí misma, sino que es una potestad al servicio de otros fines de interés general (como son la estabilidad laboral, medio ambiente, integración social, mejora de la inversión en innovación) y que en modo alguno restringen o limitan la competencia, permitiendo dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TFUE²³.

2.- LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO HERRAMIENTA PARA FOMENTAR LA INNOVACIÓN.

El nuevo paquete legislativo comunitario, como se ha explicado al comienzo de este trabajo, se basa en un planteamiento de capacitación consistente en proporcionar a los poderes adjudicadores los instrumentos necesarios para contribuir a la realización de los

LINARELLI, J. y WALLACE, D., *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International, The Hague (Netherlands), 2000, págs. 28 a 30. Las consultas preminares del mercado son una herramienta que permiten detectar con antelación la mejor solución y que aportan elementos para una licitación más ajustada al principio de rentabilidad/calidad. Al respecto me remito al trabajo de C. DE GUERRERO MANSO: "La necesaria revisión del artículo 115 del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público", en libro colectivo (Dir. JM Gimeno): Observatorio de los Contratos Públicos 2016, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, 143-173.

23 La política de contratación pública es, en definitiva, uno de los muchos elementos de la política de mercado interior, que tiene una serie de objetivos estratégicos (en particular, la libre circulación de mercancías, personas y servicios). Pretende contribuir a la realización del mercado interior, estableciendo las condiciones de competencia necesarias para que los contratos públicos se adjudiquen sin discriminación y asignando racionalmente los recursos públicos mediante la elección de la mejor oferta. La aplicación de estos principios permite a los poderes adjudicadores obtener la mayor rentabilidad siguiendo ciertas normas en cuanto a la descripción del objeto del contrato, la selección de los candidatos conforme a criterios objetivos y la adjudicación fundada exclusivamente en el precio o, facultativamente, en una serie de criterios objetivos. A favor de esta interpretación puede consultarse C. TOBLER, *Encore: women´s clauses in public procurement under Community Law*, ob. Cit., 624-627

objetivos estratégicos de Europa 2020 –lo que acredita la vinculación de contratación pública a otras políticas sectoriales-, utilizando su capacidad de compra para adquirir bienes y servicios que promuevan la innovación, el respeto del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático mejorando al mismo tiempo el empleo, la salud pública y las condiciones sociales²⁴.

La investigación y la innovación desempeñan un papel central en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador²⁵. Europa 2020 tiene como lema “De la idea al mercado”, poniendo el acento en la necesidad de una mayor cercanía al mercado en el apoyo a los proyectos, para evitar que cientos de millones de euros de fondos europeos nunca lleguen al mercado, como venía siendo hasta ahora. Con una política activa de innovación mediante la contratación pública se puede favorecer el apalancamiento de fondos hacia actividades de I+D+i empresarial, así como apoyar a la comercialización de la I+D+i empresarial (el primer cliente es cliente de referencia)²⁶.

Por ello, la Directiva 2014/24 se decanta claramente por posibilitar que os compradores públicos puedan adquirir productos y servicios innovadores que promuevan el

²⁴ Por su interés, me remito al libro colectivo dirigido por J. PERNAS, *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

²⁵ En el Libro Verde Del reto a la oportunidad: hacia un marco estratégico común para la financiación de la investigación y la innovación por la UE, COM (2011) 48 final, de 15 de febrero de 2011, se indica que el logro de los objetivos ampliamente respaldados de crecimiento inteligente, sostenible e integrador fijados en Europa 2020 depende de la investigación y la innovación, que constituyen los motores fundamentales de la prosperidad social y económica, así como de la sostenibilidad del medio ambiente. V.M. ARNÁEZ ARCE, *La compra pública innovadora. La Administración pública como adquirente de bienes y servicios innovadores*, en Revista Vasca de Administración Pública, núm.93, 2012, 19 y 20.

²⁶ Vid. el trabajo de M. HERNANDO RYDINGS, *El fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación a través de las compras públicas*, REDA núm. 174, 2015, 255-282.

crecimiento futuro y mejoren la eficiencia y la calidad de los servicios públicos²⁷. Esta Directiva da un paso más en la contratación pública de innovación, contribuyendo a que los Estados miembros flexibilicen los procedimientos de adjudicación y en beneficio de otras políticas públicas, mediante:

- a) Investigación e innovación, que son imprescindibles para alcanzar un crecimiento futuro inteligente, sostenible e integrador.
- b) Fomento de asociaciones europeas de innovación, a través de la intervención de agentes de los sectores públicos y privados, con el objeto de acelerar la asimilación de la innovación y generando un atractivo comercial.
- c) Mayor facilidad de acceso a las PYMEs al mercado de contratación, por su potencial de adaptación al entorno.
- d) Redacción de especificaciones técnicas que permitan la diversidad de soluciones técnicas.

Con el citado objetivo en mente, se formula un concepto de innovación sumamente amplio para evitar interpretaciones dispares en los Estados miembros²⁸. El artículo 2.22 de

²⁷ El Considerando 47 de la Directiva 2014/24/UE dispone expresamente que los poderes públicos deberán hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación, por ser considerada uno de los principales motores del crecimiento futuro y ocupar un lugar central de la Estrategia Europea 2020.

²⁸ Existe ya un soft law que da soporte al nuevo escenario: 1.Comunicación La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles (COM (2007) 799 final), 2.Iniciativa emblemática de Europa 2020 - Unión por la innovación: convertir las ideas en empleo, crecimiento ecológico y progreso social (COM (2010) 546 final), 3.Comunicación “Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación” (COM (2011) 808 final), adoptada el 30 de Noviembre de 2011. 4.Reglamento UE 1290/2013, de 11 de diciembre, por el que se establecen normas de participación y difusión aplicables a Horizonte 2020. Una breve pero excelente reflexión sobre la evolución de la importancia de la innovación en la contratación pública puede consultarse en el trabajo de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, *The relevance of promoting*

la citada Directiva, entiende que consiste “en la introducción de un producto o servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización de lugar del trabajo o las relaciones exteriores”²⁹.

Con este fin, la Directiva introduce la “asociación para la innovación”, un nuevo procedimiento especial para el desarrollo y la ulterior adquisición de productos, obras y servicios nuevos e innovadores, que, no obstante, deben suministrarse dentro de los niveles de prestaciones y de costes acordados³⁰. La nueva regulación mejora y simplifica el procedimiento de diálogo competitivo y facilita la contratación conjunta transfronteriza, un instrumento importante para realizar adquisiciones innovadoras. El objetivo fijado por la Comisión, consiste en tratar de llegar a “invertir” en Investigación y Desarrollo (en adelante

collaborative and joint cross border public procurement for buying innovative solutions, IUS PUBLICUM, núm. 1, 2017, 1-50.

²⁹ El término innovación, a los efectos de la Directiva, no sólo se refiere a lo que es nuevo –sea un producto, servicio o proceso-, sino también a lo que ha sido significativamente mejorado. Sobre el procedimiento y su justificación vid. M.A. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, *Un nuevo procedimiento de adjudicación de contratos públicos: la asociación para la innovación*, en el vol. col. J.M. GIMENO FELIU (Dir.), *Las nuevas Directivas de contratación pública*, Observatorio de Contratos públicos, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pag. 341.

³⁰ Especial interés tiene el estudio de T. MEDINA ARNÁIZ., *Comprando para asegurar nuestro futuro: La utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europe*, Observatorio de Contratos Públicos 2010 (...), *op.cit.*, 43-101. Interesan también los trabajos de M. RODRIGUEZ BEAS, *La compra pública innovadora en la nueva Directiva de contratación pública*, en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 305-328 y P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, *The relevance of promoting collaborative and joint cross border public procurement for buying innovative solutions*, IUS PUBLICUM, núm. 1, 2017, 1-50.

I+D) un 3% del PIB de la Unión Europea de aquí a 2020 (lo que se puede realizar, por ejemplo, a través de contratos públicos)³¹.

El éxito de la contratación pública para la innovación requiere que los compradores públicos actúen como clientes con visión estratégica y planifiquen lo que van a necesitar comprar y cómo comprarlo. En ese sentido, uno de los primeros pasos a realizar es identificar qué sectores o ámbitos de actuación son los más apropiados o en los que resulta factible impulsar un procedimiento encaminado a la compra de innovación. Para ello deberán tenerse en cuenta las competencias políticas propias de actuación, las estrategias de especialización inteligente y los objetivos marcados por las autoridades de gestión.

Esta estrategia europea de compra pública innovación se articula a través de dos tipos de medidas: mediante un incremento en la demanda de productos y servicios innovadores, y a través de la llamada «contratación precomercial», entendida ésta como perteneciente a la fase de investigación y desarrollo (I+D) previa a la comercialización y que cubre actividades como la exploración de soluciones que son propias de las fases de

³¹ Los citados datos son los utilizados por la Comisión en su Comunicación *Iniciativa emblemática de Europa 2020 Unión por la innovación*, (COM (2010), 546), de 6 de octubre de 2010, p.4. Estas cifras pueden ser comparadas, siguiendo a P. ZAGAMÉ y L. SOETE, *The cost of a non-innovative Europe*, 2010, con las que actualmente destinan otros países, como Estados Unidos, cuyo gasto en innovación asciende al 2,6% de su PIB, o Japón que destina un 3,4 %. También se ofrecen cifras en la Comunicación *La contratación pre-comercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles* COM (2007) 799, de 14 de diciembre de 2007, donde se pone de manifiesto cómo los principales socios comerciales de la UE (Estados Unidos y Japón) ya han impulsado la innovación que utilizan como importante acicate de la innovación la contratación de I+D para responder a necesidades públicas para las que el mercado no ofrece soluciones. En este sentido, se recuerda que el sector público de Estados Unidos destina 50 000 millones de dólares anuales a la contratación de I+D, cantidad veinte veces superior a la europea y que representa aproximadamente la mitad de la diferencia global entre las inversiones en I+D de los Estados Unidos y Europa. Ello permitiría, a su vez, crear 3,7 millones de puestos de trabajo y aumentar el PIB anual en cerca de 800.000 millones de euros de aquí a 2025. Lo anterior, contribuiría, como decíamos, a volver a posicionar a la Unión Europea (en adelante UE) en una posición de liderazgo mundial a nivel económico y social.

diseño, creación de prototipo, productos de prueba y preproducción, deteniéndose antes de la producción comercial y venta³².

Una característica propia de la contratación precomercial (configurada como negocio excluido de la contratación pública al vincularse a el fomento de I+D) es el reparto de riesgos y beneficios según las condiciones de mercado, ya que el comprador público no se reserva los resultados de la I+D para su uso en exclusiva, sino que comparte con las empresas los riesgos y los beneficios de la I+D necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las que hay disponibles en el mercado. En este caso, es decir, cuando la entidad del sector público efectúa el reparto de riesgos y beneficios a precios de mercado, los servicios de I+D pueden prestarse sin someterse a la normativa contractual en virtud de una de las exclusiones recogidas en las Directivas de la UE sobre contratación pública. Concretamente se trata del artículo 16.f) de la Directiva 2004/18/CE por el cual “La presente Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios: (...) f) relativos a servicios de investigación y de desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que el poder adjudicador remunere totalmente la prestación del servicio” y del artículo 24.e) de la Directiva 2004/17/CE que señala que “La presente Directiva no se aplicará a los contratos de servicios: [...] e) referentes a los servicios de investigación y de desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente a la entidad adjudicadora para su utilización en el ejercicio de su propia

³² Sobre la contratación precomercial resulta de interés la Comunicación de la Comisión La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles, COM (2007) 799, de 14 de diciembre de 2007 y la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de febrero de 2009 (2008/2139 (INI), publicada en el DOUE C 67E, de 18 de marzo de 2010. Acerca de su incidencia en la legislación española, CORTÉS MORENO, Á., *La contratación precomercial y la Ley de Contratos del Sector Público. Su reflejo en la Ley de Economía Sostenible, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 9, 2011, 1109 - 1119.

actividad, siempre que la entidad adjudicadora remunere totalmente la prestación del servicio”.

La principal novedad para la implementación de una estrategia de fomento de la innovación a través de la contratación pública es la regulación en la Directiva de un nuevo procedimiento para la adquisición de los resultados de la innovación. Este procedimiento específico y novedoso debe permitir a los poderes adjudicadores establecer una asociación para la innovación a largo plazo con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadores (...) sin necesidad de recurrir a un procedimiento de contratación independiente para la adquisición³³. Aunque tiene ciertas semejanzas con el procedimiento negociado, su función permite afirmar que tiene autonomía y significado

³³ Este nuevo procedimiento no debe confundirse con la compra pre-comercial. La contratación pre-comercial se encuentra expresamente excluida del ámbito de aplicación de la normativa contractual comunitaria (art. 14 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública). La asociación para la innovación contiene un solo procedimiento dividido en dos fases principales (art. 31 de la referida Directiva). Por el contrario, el punto y final de la contratación pre-comercial en el diseño de los bienes o servicios reclamados por el órgano de contratación. Su producción o prestación se licitará en un procedimiento separado. Esta técnica es analizada en el Informe 2/2010, de 17 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón: características donde se advierte que estos contratos tienen ciertas singularidades: a) El interés público perseguido es la obtención de recursos y el fomento de la investigación. b) La regla general es la aleatoriedad del contrato, que no responde a una necesidad previa del ente público. c) El impulso e iniciativa del contrato procede de fuera de la Administración, por tanto no cabe promover concurrencia y la falta de ellos no compromete fines esencialmente administrativos. Como ha advertido A. LOPEZ MIÑO, que analiza de forma excelente las diferentes formas de compra innovadora. la falta de un marco jurídico europeo sobre compra pre-comercial acrecienta las posibilidades de imputación de ayudas públicas incompatibles, aprovechando el carácter variable y evanescente de los diferentes protocolos que la desarrollan caso a caso en los diferentes Estados miembros, de ahí que haya que extremar el cuidado en la elección de esta modalidad contractual, *La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública*” en J. PERNAS GARCÍA (Dir.) *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, 2013, 213-248.

propio. Y de ahí su distinción (lo que exige conocer bien como aplicar el procedimiento negociado)³⁴.

En la asociación para la innovación, al ser único el procedimiento, el socio que presente la mejor oferta tecnológica será el adjudicatario de la obra, suministro o servicio. En su primera fase (pre-comercial), la asociación se equipara a una contratación pre-comercial de grado mínimo, puesto que la tecnología buscada o ya existe –y pretende mejorarse– o es factible desarrollarla con éxito en breve plazo. Pero en su segunda etapa (comercial o contractual) la naturaleza del contrato vendrá determinada por el tipo de producto final requerido por el órgano de contratación («suministros, servicios u obras resultantes»; artículo 31.2 de la Directiva 2014/24).

La Directiva 2014/24/UE enfatiza el deber de motivación que incumbe a la autoridad contratante, y que afecta a tres elementos: la necesidad de los productos innovadores; la elección del procedimiento y los requisitos de participación en el mismo. Motivación que no puede ser sucinta y que debe acomodarse a los parámetros de razonabilidad y racionalidad (en el fondo, la elección del procedimiento se justifica, cuando de la asociación para la innovación se trata, en la necesidad de la tecnología y de los productos innovadores, y en la inexistencia de dicha tecnología o producto en el mercado).

En cuanto al procedimiento, el órgano de contratación iniciará el procedimiento mediante la publicación de la convocatoria de licitación. Es conveniente la consulta del mercado para obtener información sobre la estructura y la capacidad de un mercado

³⁴ Vid. I. GALLEGO CÓRCOLES, *Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública*, en el vol. col. (Dir. J.M. Gimeno), Observatorio de los Contratos públicos 2013, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, 165-232. También analiza el procedimiento de asociación para la innovación en la Directiva 2014/24/UE, M. RODRIGUEZ BEAS, *La compra pública innovadora en la nueva Directiva de contratación pública*, en el vol. Col. Las nuevas Directivas de contratación pública, Observatorio de Contratos públicos (núm. especial), Aranzadi, 2015, pag. 305.

(regulada en el artículo 40 de la Directiva 2014/24), al mismo tiempo que informa a los agentes del mercado sobre los proyectos y los requisitos de contratación de los compradores públicos. Sin embargo, los contactos preliminares con los participantes del mercado no deben dar lugar a ventajas desleales y falseamientos de la competencia³⁵.

La Directiva enfatiza el deber de motivación que incumbe a la autoridad contratante, y que afecta a tres elementos: la necesidad de los productos innovadores; la elección del procedimiento y la participación en el mismo. Motivación que no puede ser sucinta y que debe acomodarse a los parámetros de razonabilidad y racionalidad (en el fondo, la elección del procedimiento se justifica, cuando de la asociación para la innovación se trata, en la necesidad de la tecnología y de los productos innovadores).

En la documentación de la contratación el poder adjudicador precisará, en primer lugar, «la necesidad de productos, servicios y obra innovadores que no pueda ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios y obras ya disponibles en el mercado». Es decir, frente a la compra ordinario, donde se determina un concreto objeto, en este procedimiento se prevé una necesidad. Motivo por el que no existe un PTT clásico, sino un

³⁵ Al respecto es interesante la descripción que se realiza en el trabajo ya citado de A. LOPEZ MIÑO, *La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública*, en J. PERNAS GARCÍA (Dir.) *op.cit.*, 229-237.

pliego de prescripciones funcionales³⁶. La consulta preliminar al mercado, previa al diseño y convocatoria del procedimiento de asociación para la innovación, debe servir para justificar la elección de dicho procedimiento. Si se lleva a cabo correctamente, la información obtenida en la consulta preliminar del mercado permitirá una respuesta razonada a la necesidad de utilizar la asociación de innovación para comprar productos innovadores, productos o servicios que aún no están disponibles en el mercado³⁷.

Los operadores económicos dispondrán de un plazo no inferior a treinta días para presentar sus solicitudes de participación, a contar desde la fecha de envío del anuncio de licitación.

Los criterios de selección son, al igual que en la Directiva 2004/18/ CE, la habilitación para ejercer la actividad profesional, la solvencia económica y financiera y la capacidad técnica y profesional aunque con la especialidad de que debe valorarse en la admisión de la experiencia de la empresa y de sus recursos humanos como criterio de

³⁶ Con fecha 20 de noviembre de 2013 se ha publicado una nueva Norma UNE-EN 16271:2013 Gestión del Valor. Expresión funcional de necesidades y pliego de especificaciones funcionales. Requisitos para la expresión y validación de las necesidades a satisfacer por un producto en el proceso de adquisición u obtención del mismo. Esta Norma es la versión oficial en español de la Norma Europea EN 16271:2012, y ha sido elaborada por el comité técnico AEN/CTN 144 Gestión del Valor. Análisis del Valor. Análisis Funcional, cuya Secretaría desempeña IAT. El PEF es compatible con las normas aplicables a contratos públicos y aporta gran valor en los mecanismos de Compra Pública Innovadora (CPI), actuación administrativa de fomento de la innovación orientada a potenciar el desarrollo de nuevos mercados innovadores desde el lado de la demanda, a través del instrumento de la contratación pública, en la medida en que en las licitaciones deben expresarse las necesidades requeridas en términos funcionales.

³⁷ Para una mayor comprensión de la funcionalidad de la consulta preliminar del Mercado en relación a la compra pública de innovación me remito a C. DE GUERRERO MANSO: *Las consultas preliminares del mercado: una herramienta para mejorar la eficiencia en la contratación pública*, op. cit., 2018, 1047-1072, y C. DE GUERRERO MANSO: *La necesaria revisión del artículo 115 del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, op. cit., 2017, 143-173.

solvencia técnica y profesional. Se impone al órgano de contratación que priorice los criterios de selección relativos a la capacidad de los candidatos en el ámbito de la investigación y el desarrollo, así como en lo que se refiere al desarrollo y la aplicación de soluciones innovadoras. Y se prevé la posibilidad de reserva a favor de PYMES innovadoras, lo que nos ofrece la visión estratégica que debe tener este procedimiento.

Tras la selección se invita a presentar oferta (solo los seleccionados) y es posible determinar un número máximo de licitadores a invitar (mínimo de 3). A la hora de sustanciar la adjudicación del contrato, la Directiva se remite a las normas del procedimiento negociado. Y deben ser decisivos los aspectos técnicos, lo que exige formular las especificaciones técnicas de manera funcional para no limitar indebidamente las soluciones de innovación.

Por supuesto, la confidencialidad, principio inherente a toda contratación pública, debe ser especialmente vigilada por cuanto hay que evitar políticas de competencia desleal o uso indebido de la información obtenida en el procedimiento³⁸.

³⁸ Como recuerda la STJUE de 14 de febrero de 2008, VAREC, el órgano que conozca este recurso debe garantizar adecuadamente la confidencialidad de las propuestas de los licitadores y el secreto de dicha información. Muy especialmente deben respetarse las exigencias de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (DOUE 15 junio de 2016). El artículo 2 de esta Directiva define el concepto de secreto comercial: se caracteriza por ser información desconocida para la generalidad de los círculos relevantes; que posea valor comercial; y que haya sido objeto de medidas para mantenerla en secreto, que si bien no alude a los secretos de carácter industrial nada impide entender que quedan excluidos, por lo que cabrá entender que el secreto empresarial engloba el comercial y el industrial. Sobre el principio de confidencialidad resulta de especial interés el trabajo de M. RAZQUIN LIZARRAGA, *El principio de confidencialidad en la contratación pública*, en libro colectivo (dir. J.M. Gimeno), Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, 867-898.

Una característica muy especial —y quizá difícil de asumir por los gestores poco iniciados— es que puede haber varios adjudicatarios del contrato —y de hecho la Directiva anima a que se seleccione a varios empresarios—, que desarrollarán en paralelo y de manera competitiva, las soluciones innovadoras. La valoración de la innovación exigirá tomar en consideración criterios distintos del precio. Resulta incompatible con la valoración de la innovación atribuir al precio una ponderación excesivamente amplia, puesto que, normalmente, las soluciones innovadoras pueden resultar más caras si atendemos al precio (que no implica que su coste sea mayor, por ejemplo, si la solución requiere un menor mantenimiento, o su vida útil es mayor). Por tanto, más que el precio (o junto a él), en las compras de innovación se deberá considerar no solo los costes actuales sino el conjunto de los costes del ciclo de vida del objeto del contrato, que incluye los costes del desarrollo del producto, su adquisición y posible transporte e instalación, los de mantenimiento y disposición sobre los productos o servicios, y los asociados a su eliminación, además de otros aspectos importantes tales como la calidad y el mérito técnico de la oferta. De esta manera resultará posible adjudicar la combinación óptima del conjunto de costes del ciclo de vida y las consideraciones de calidad, con relación al precio. Se trata en definitiva de dar más valor en términos relativos a los aspectos innovadores frente al precio.

Al finalizar cada una de las fases de investigación, y tras evaluar los resultados alcanzados por cada uno de los adjudicatarios, la entidad contratante podrá reducir el número de contratistas procediendo a la extinción de los contratos individuales de quienes no hayan alcanzado los objetivos fijados. También es posible que el órgano de contratación se reserve la posibilidad de ir reduciendo el número de socios. Obviamente, el uso de tal potestad deberá haberse contemplado previamente en la documentación del contrato, definiendo además el procedimiento para hacerla efectiva.

El valor y la duración del contrato para la adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes deberán mantenerse dentro de los límites apropiados (sin las rigideces de la compra ordinaria), teniendo en cuenta la necesidad de recuperar los costes contraídos, en concreto los derivados del desarrollo de una solución innovadora, y de conseguir un beneficio razonable.

La nueva regulación comunitaria europea ha previsto, de forma lógica al fundamento y función de este procedimiento, la necesidad de regular el régimen aplicable a los derechos de propiedad intelectual durante la ejecución y al término de la asociación para la innovación. En aras del principio de igualdad de los licitadores, el órgano de contratación determinará dicho régimen en los documentos preparatorios de licitación, de manera que todos los candidatos tengan conocimiento del mismo en el momento de realizar sus ofertas. Es este un elemento clave pues del mismo depende el éxito de la asociación. Y en un procedimiento con riesgos, como es este, la seguridad del modo de retribución es una exigencia.

Con el objetivo de resolver con rapidez las incidencias surgidas en la ejecución de estos contratos puede resultar aconsejable prever la opción de arbitraje.

En todo caso, pese a la potencialidad de este nuevo procedimiento conviene advertir que existen ciertas resistencias: a) Desconocimiento beneficios económicos sociales, b) Falta de claridad jurídica sobre las posibilidades de realizar la compra de innovación, c) Falta de información y de herramientas, y aplicación de criterios no uniformes, d) Falta de un intercambio adecuado de experiencias. Ausencia de profesionalización, y e) Ausencia de apoyo político.

Para conseguir los objetivos de hacer de la compra pública de innovación una estrategia práctica es necesario mejorar la preparación de los técnicos de las unidades de contratación para que puedan demandar al mercado soluciones tecnológicas adecuadas a sus necesidades (resulta muy útil la “demanda temprana”). Un esquema de buenas prácticas en la compra pública de innovación sería el siguiente:

1) Mejorar los pliegos de prescripciones técnicas (necesidades funcionales) de las licitaciones con el fin de facilitar la participación de las empresas innovadoras en los procedimientos de adjudicación de compra pública de innovación;

2) Explorar posibilidades de compra conjunta/agregada: se limitan los riesgos del sector privado;

3) Hay que impulsar y analizar la difusión de buenas prácticas de compra de innovación en el sector público;

4) Comunicar al mercado los planes de compra a largo plazo con antelación, para dar tiempo al mismo de reaccionar y desarrollar soluciones innovadoras que respondan a la necesidad definida;

5) Disponer de un personal encargado de la contratación bien formado que sea capaz de gestionar la adquisición de soluciones innovadoras;

6) Identificar las soluciones innovadoras disponibles en el mercado consultando a potenciales proveedores siempre que se respete la transparencia y no se impida la competencia;

7) Hay que identificar y planificar los riesgos, ya que son inherentes en la compra de soluciones de innovación y es muy importante valorar su potencial impacto en el proyecto;

8) Decidir el reparto de riesgos entre la Administración y el contratista (hay que estimular la participación empresarial);

9) Determinar el tratamiento de los derechos de propiedad intelectual e industrial que habitualmente se plantean cuando se desarrollan productos innovadores;

10) Incluir en el contrato incentivos por soluciones innovadoras adicionales;

11) Diseño de un régimen de gestión del contrato planificado e incluido en los Pliegos de Prescripciones Funcionales que se publican en la convocatoria de licitación, de manera que las partes conozcan claramente sus respectivas obligaciones;

12) Realizar un seguimiento y aprender de su aplicación: ello puede ayudar a apoyar futuras innovaciones;

13) Establecer procedimientos de evaluación para mejorar los conocimientos de innovación en los procedimientos de compra pública;

14) Valorar los sistemas de arbitraje en cuestiones de ejecución.

Como conclusión, podemos destacar la idea de que la visión estratégica de la contratación pública tiene una evidente incidencia en el diseño y efectividad de las políticas públicas de los Estados. Por ello se deber romper con la idea de “siempre se ha hecho así” y evitar la tendencia a la autocomplacencia y la estricta visión “administrativa” de la contratación pública. La nueva regulación europea es una oportunidad para consolidar un nuevo modelo de empresa que ponga en valor la innovación y que dinamice modelo PYMES innovadora.

Es una oportunidad para cambiar el modelo económico y la “visión de negocio”. La Administración acepta ofertas de nuevos productos o, ante la inexistencia de soluciones, solicita colaboración al mercado. Lo que exige un elevado nivel de especialización (en suma, de la profesionalización), para poder poner en valor en los poderes públicos la innovación³⁹.

³⁹ La opción de la Unión Europea sobre esta política de profesionalización de la contratación pública queda muy bien reflejada en la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública - Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública. (BOE de 7 de octubre). En esta importante Recomendación se recuerda que los Estados miembros deben elaborar y aplicar estrategias de profesionalización a largo plazo para la contratación pública,

El contexto normativo y económico es una oportunidad para revisar en profundidad nuestro modelo de aprovisionamiento público para avanzar de un modelo de compra burocrática a un modelo de compra pública estratégica, que fomente la compra de soluciones innovadoras. Esta profesionalización refiere, en primer lugar, a la formación y preparación de todos los sujetos implicados en la contratación para conseguir una mejor capacitación. Solo así se puede conseguir una nueva actitud de los gestores que permita abandonar una posición “pasiva” que permita “actuar” en el mercado con una visión de sus funciones que se alejan de lo burocrático e incluyen la planificación estratégica y la gestión de proyectos y riesgos (lo que exige cambios en la organización y perspectiva de actuación)⁴⁰. Además, y como consustancial a la idea de profesionalización, es fundamental que la actividad de los gestores públicos se atenga a un código ético estricto que evite el conflicto de intereses, y que se les dote de herramientas para detectar las prácticas colusorias y diseñar estrategias que las impidan⁴¹. Una adecuada profesionalización, y la consiguiente “descontaminación política” de decisiones estrictamente administrativas, permitirá garantizar que la evaluación de las necesidades es adecuada (desde un análisis de eficiencia en la decisión final, con el fin de optar por la más

adaptadas a sus necesidades, recursos y estructura administrativa, de manera autónomas o como parte de políticas más amplias de profesionalización de la administración pública. El objetivo es atraer, desarrollar y retener competencias, centrarse en el rendimiento y los resultados estratégicos y aprovechar al máximo las herramientas y técnicas disponibles. Para ello se insta a los Estados a elaborar programas adecuados de formación.

⁴⁰ J.M. GIMENO FELIU, *La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente*, en en libro colectivo (dir. J.M. Gimeno), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 127-132.

⁴¹ Comisión Nacional de la Competencia, *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580>. También. A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad en la Contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 192-198.

racional desde dicha perspectiva), evitando la provisión innecesaria, mal planificada o deficientemente definida⁴².

Y es que, como ya advirtiera Albert Einstein, “no podemos pretender que las cosas cambien si siempre hacemos lo mismo”.

⁴² A. SANMARTIN MORA, advierte que la falta de personal cualificado puede dar lugar a una irresponsable delegación de gobernanza en el sector privado, y que sea el contratista quien defina el nivel de calidad de los objetos a contratar en lugar de la autoridad pública. Por ello, es necesario que los gestores cuenten no solo con conocimientos especializados relacionados con los aspectos legales, sino también con aquellos que se relacionan con la gestión de proyectos y de riesgos. Asimismo, es importante dotarlos de directrices éticas que les permitan evitar situaciones de conflicto de intereses, pero sin que ello suponga bloquear la eficiencia de la contratación. *La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europe*, libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, 2012, 408-409 (este trabajo desarrolla las distintas posibilidades de la “profesionalización” de la contratación pública, que debe ser el eje sobre el que construir un nuevo modelo estratégico y eficiente, respetuoso con el principio ético exigible a toda actuación administrativa). También. E. MALARET, *El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia*, Revista digital de Derecho Administrativo, nº 15, primer semestre/2016, 38 y ss.