

MANIFESTACIONES DE LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

[Manifestations of the public procurement of innovation in Law 9/2017 of 8 November on Public Sector Contracts



José IGNACIO HERCE

Profesor de Derecho. Universidad de La Coruña
jignacio.herce@gmail.com

Fecha de recepción: 3 de abril de 2018

Fecha de aceptación: 20 de diciembre de 2018

SUMARIO: I. PROLEGÓMENOS ■ II. LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN: UNA NUEVA MANERA DE ENTENDER LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ■ 1. *La perspectiva estratégica en la contratación pública* ■ 2. *La contratación pública estratégica desde el punto de vista de la innovación* ■ III. LA NECESARIA PERSPECTIVA DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN ■ 1. *El derecho fundamental a una buena administración: conceptos previos* ■ 2. *La buena administración en la contratación pública de innovación* ■ IV. LAS MANIFESTACIONES DE LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO ■ 1. *Las modalidades de compra pública de innovación en la LCSP y procedimientos de adjudicación adecuados para su desarrollo* ■ 2. *Las manifestaciones de la compra pública de innovación en la LCSP* ■ A) Necesidad, idoneidad y objeto del contrato ■ B) Solvencia técnica y profesional ■ C) Precios provisionales ■ D) Especificaciones funcionales ■ E) Etiquetas ■ F) Admisibilidad de variantes ■ G) Criterios de adjudicación ■ H) Establecimiento de mejoras ■ I) Ofertas anormalmente bajas ■ J) Condiciones especiales de ejecución ■ K) Subcontratación, modificación de acuerdos marco y mesas especiales ■ V. EL PARADIGMA DE LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN: LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN ■ VI. CONCLUSIÓN: UN NUEVO HORIZONTE PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ■ VII. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen

En el siglo XXI el paradigma de la contratación ha cambiado sustancialmente en tanto en cuanto se la considera como un instrumento para fomentar y promover cuestiones de interés común. Con ello quiere decirse que se entiende la contratación pública como una estrategia para alcanzar fines de interés general. Es dentro de este marco donde tiene especial importancia la compra pública de innovación, que pretende salvar el vacío que existe entre procesos y tecnología de vanguardia y los clientes del sector público que pueden beneficiarse de bienes, obras y servicios de carácter innovador. La contratación pública de innovación genera beneficios a todos los actores, licitadores, administración y a la sociedad en su conjunto. Es objeto del presente trabajo el estudio, desde la perspectiva de la buena administración, de las manifestaciones de este tipo de compra pública en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público entre las que el procedimiento de asociación para la innovación tiene un protagonismo especial.

Abstract

In the twentieth century the paradigm of the procurement has changed so it is considered as a means of promoting issues of common concern. That is to say, the public procurement has become an strategy in order to achieve the general interest. Within this legal framework, the public procurement of innovation has particular relevance since it pretends to bridge the gap between processes and cutting-edge technology and the clients of public sector who can benefit from innovative goods, works and services. The public procurement of innovation benefits for tenderers, administration and receivers of public services. The proposal of the document is study, from a perspective of a good management, the different expressions of this type of public acquisition in Public Contracts Act 9/2017.

Palabras clave

Asociación para la Innovación – Contratos del Sector Público – Innovación – Buena Administración – Contratación Pública Estratégica.

Keywords

Public Procurement Partnership – Public Contracts – Innovation – Good Administration – Estrategic Public Contracts

I. PROLEGÓMENOS

Hoy, en pleno siglo XXI, la contratación pública se ha convertido en mucho más que un mero instrumento empleado para proveer a la administración de los bienes, obras o servicios que precisa. El paradigma de la compra pública ha cambiado, y mucho.

Se ha superado la concepción tradicional de la compra pública para entenderse como un mecanismo para fomentar cuestiones de interés común, como un mecanismo de servicio objetivo al interés general. No se trata de disolver la institución tradicional de la contratación pública pero sí de actualizarla a los nuevos tiempos, nuevas necesidades y puntos de vista.

Es por este motivo por el cual se hace referencia a la contratación pública estratégica, que entiende la compra pública como una herramienta para lograr una economía más innovadora, sostenible e inclusiva y fomentar la consecución de objetivos de interés general de carácter social, medioambiental y de innovación.

De esta nueva visión es más que responsable la Unión Europea, quién a través de numerosos textos normativos, las Directivas de cuarta generación de contratación pública y *soft law* no sólo declaran la importancia de emplear la compra pública para reforzar los principios del modelo comunitario, sino que articulan mecanismos jurídicos para fomentarla en los Estados miembros. La contratación pública es una auténtica oportunidad para promover políticas públicas que contribuyan a la mejora del bienestar general y, por tanto, es un mecanismo de intervención estratégico por razones de bien común.

La nueva compra pública es, por tanto, un auténtico instrumento de satisfacción de intereses generales y de fomento de la dignidad de la persona, que como sabemos, ocupa un lugar central en el Ordenamiento jurídico. Precisamente para garantizar su buena configuración es necesario acudir a los principios y valores del buen gobierno y para asegurar su correcta ejecución es imprescindible que los procedimientos y procesos de contratación se desenvuelvan, indudablemente, bajo el paraguas del derecho fundamental a una buena administración.

El filósofo Thoreau señalaba que *el mundo recibe un flujo incesante de innovaciones*, y a continuación señalaba, *sin embargo, toleramos una monotonía asombrosa*. Esta declaración no hace sino afirmar también la cierta pasividad que en ocasiones se muestra ante fenómenos innovadores. Precisamente con la compra pública de innovación se pretende enfrentar el vacío entre la tecnología de vanguardia y el sector público como cliente. Ahora el poder público puede pedir qué innovación quiere que el sector privado le suministre.

Fomentar la innovación genera beneficios a todos los participantes. El poder público ahorra costes a largo plazo, desarrolla conocimientos, capacidades y técnicas que pueden mejorar sus procesos y servicios para alcanzar fines de interés general. Por otro lado, el proveedor puede acceder a grandes clientes, pueden desarrollar ideas nuevas e innovadoras. La sociedad, sobre todo, se beneficiará con mejores servicios públicos, creación de puestos de trabajo, mejora de condiciones sociales y ambientales... entre otras muchas.

Vemos que no es cuestión de poca enjundia el empleo de la contratación pública como una actividad administrativa de fomento. Ahora bien, si se quiere fomentar esta

modalidad de contratación está claro que ni la legislación comunitaria ni la legislación española pueden obviar que es necesario adaptar las instituciones tradicionales de tal manera que sean coherentes con la compra pública estratégica y en el caso que nos ocupa, con la realidad de los procesos de innovación. Las instituciones tradicionales muchas veces no se adaptan a nuevas realidades.

Pues bien, ni el legislador comunitario ni el español han obviado esta circunstancia. Las Directivas de cuarta generación recogen constantemente la importancia de promover la innovación y además pretenden promocionarla a través de la matización de algunas cuestiones fundamentales en la regulación de la compra pública. Así lo ha hecho también la normativa española de contratos del sector público, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, aunque llega tarde, busca fomentar la compra pública estratégica y, por ende, la innovación. No hay que olvidar que las Directivas comunitarias eran de aplicación en España con carácter previo a esta norma de transposición debido a su efecto directo sobre los ordenamientos jurídicos nacionales.

Llegados a este punto, conviene señalar que el objetivo de este trabajo es poner de manifiesto cuales son las manifestaciones de compra pública de innovación prevista en la nueva normativa de contratos del sector público y hacer especial referencia al procedimiento de adjudicación de asociación para la innovación, verdadero paradigma de esta visión de la compra pública. El estudio de las manifestaciones de la innovación en la ley y del precitado procedimiento se efectuarán sin perjuicio del informe que con carácter previo se realizará de la compra pública estratégica de innovación y de la buena administración en sentido amplio, se insiste e insistirá, cuya observancia es inexcusable para una Administración consciente de la centralidad de la persona en el Ordenamiento jurídico y de su vocación permanente al servicio, siempre objetivo, al interés general, al interés de todos.

II. LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN: UNA NUEVA MANERA DE ENTENDER LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. La perspectiva estratégica en la contratación pública

Puede afirmarse que la concepción tradicional de la contratación pública ha sido ya superada. Tanto la contratación pública como su fundamento ha dejado de verse desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva¹ para entenderse de una manera más amplia, esto es, desde una perspectiva estratégica². Este *point of view* implica entender la contratación pública como un instrumento destinado a la consecución de objetivos de interés general y desarrollo de políticas públicas³ en

1. GIMENO FELIU, J.M., «La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación». *Ius Publicum Network Review*, (España: 2018), p. 6. Disponible en: http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/05_03_2018_15_54-La-contratacin-pblica-como-estrategia_Ius_Publicum_I_2018.pdf (Recuperado el 1 de octubre de 2018).

2. La contratación pública estratégica ha sido objeto de análisis en obras como la siguiente: PERNAS GARCÍA, J.J., «*Contratación Pública Estratégica*», (España: Aranzadi: 2013).

3. VILLAREJO GALENDE, H. & CALONGE VELÁZQUEZ, «Las principales novedades de la nueva ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público», *Revista Jurídica de Castilla y León* (España: Castilla y León: 2018), p. 54.

la medida en que entiende que dado el elevado número de recursos que moviliza ha de orientarse no sólo a la búsqueda de una mayor eficiencia económica, sino también a su empleo como herramienta destinada a alcanzar una economía más innovadora, sostenible e inclusiva⁴. Esto es, una herramienta de servicio al interés común. Una auténtica política pública dirigida a la satisfacción del bien de todos.

La contratación pública puede y debe ser una técnica que permita la consecución de objetivos sociales, ambientales o de investigación en tanto en cuanto se considera que comportan una adecuada comprensión de cómo han de canalizarse los fondos públicos. Se impone en consecuencia una *visión estratégica de la contratación pública, alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales*⁵. Una adecuada utilización de la compra pública como un instrumento al servicio de políticas públicas debe permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad, lo que trae como consecuencia que los poderes públicos realicen una política de intervención económica, social y política del país a través de la contratación pública⁶. No es cuestión baladí que quienes quieran acceder a los contratos públicos deban cumplir necesariamente con una serie de exigencias que establecen las entidades adjudicadoras⁷.

Esta nueva perspectiva de la contratación pública ha de encaminarse siempre hacia el servicio objetivo al interés general y ello no implica ni mucho menos *arrumbar elementos esenciales del Derecho administrativo, sino repensarlos*⁸. El Derecho de la contratación pública de este nuevo siglo ha de seguir los postulados del buen gobierno como política pública y de la buena administración en la ejecución de dichas políticas en un constante y permanente servicio a la persona, buscando la máxima satisfacción del bien común mediante un uso lógico, razonado y razonable de los recursos disponibles.

Se hace constar en la «Guía práctica sobre cómo evitar los errores más comunes en la contratación pública de proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos» elaborada por la Comisión Europea que *la contratación pública es un aspecto clave de las inversiones públicas: estimula el desarrollo económico de Europa y representa un elemento importante para impulsar el mercado único. La contratación pública cuenta mucho, ya que representa alrededor del 19% del PIB de la Unión Europea y forma parte de nuestra vida cotidiana*⁹. En España la

4. VILLAREJO GALENDE, H. & CALONGE VELÁZQUEZ, «Las principales novedades de la nueva ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público», op. cit., p. 54.; GALLEGO CÓRCOLES, I. «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *Documentación Administrativa Nueva Época* (España: 2017), p. 92-114.

5. GIMENO FELIU, J.M., «Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites» *Anuario del Gobierno Local* (España: 2017), p. 242 y 243.

6. *Ibidem*. p. 243.

7. GIMENO FELIU, J.M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española* (Madrid: Civitas: 2006), p. 15-21. Disponible en: http://www.unizar.es/gimenof/gimenof/INVESTIGACION_files/07%20Gimeno%20Feliu%20.pdf (Recuperado el 1 de septiembre de 2018).

8. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, (Madrid: Derecho Global – Global Law Press: 2017), p. 25.

9. COMISIÓN EUROPEA, «Guía práctica sobre cómo evitar los errores más comunes en la contratación pública de proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos» (Luxemburgo: 2015), p. 7.

cifra no es ni mucho menos menor, en tanto en cuanto representa aproximadamente un 20% del PIB español¹⁰.

Como puede comprobarse la cantidad de recursos que se destinan a las compras públicas tanto en la Unión Europea como en España no son nada escasos. Dada su relevancia económica se ha abandonado la perspectiva tradicional que consideraba que la contratación pública era simplemente un mecanismo de adquisición de bienes, obras o servicios para cubrir las necesidades de la Administración y se ha adoptado un nuevo punto de vista que la considera como una auténtica oportunidad no sólo para alcanzar una mayor eficiencia económica sino también para promover políticas públicas que desemboquen en la mayor y mejor satisfacción de los intereses de la sociedad en su conjunto.

Entender así la contratación pública implica su utilización con fin de orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general sin que necesariamente estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato¹¹. Pretende entonces la contratación pública actuar como un mecanismo de servicio y promoción del bien común en virtud del cual se impulsen mejoras medioambientales, sociales e innovación.

Por lo tanto, la compra pública estratégica se yergue como una auténtica actividad de fomento tal y como fue entendida por Jordana de Pozas. Dicho autor la define como una *vía media entre la inhibición y el intervencionismo del Estado, que pretende conciliar la libertad con el bien común mediante una influencia directa sobre la voluntad del individuo para que quiera lo que conviene para la satisfacción de la necesidad pública de que se trate*¹². En este sentido, la actividad de fomento es una acción de la Administración que se destina a *promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general*¹³. La contratación pública como actividad de fomento se diferencia, como es lógico, de la actividad de policía y servicio público en tanto en cuanto ni emplea la coacción ni crea servicios públicos. La compra pública estratégica es una actividad administrativa de fomento que pretende promover la consecución de objetivos sociales, medioambientales y de innovación empleando como instrumento los contratos públicos. Destaca sobre todo su papel en la compra pública innovadora, en virtud del cual se busca crear y desarrollar soluciones innovadoras, transformadoras.

El marco de la contratación pública estratégica y de la compra pública de innovación se encuentra en el Derecho comunitario y en especial por la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante, Directiva 2014/24/UE). La citada Directiva ya en su Considerando nº 2 hace referencia a que la compra pública desempeña un papel fundamental en la Estrategia Europa 2020,

10. GOIZUETA, J., «Lo que aún no sabemos de la contratación pública en España» artículo publicado en «El Confidencial» (14/04/2018). Disponible en: https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2018-04-12/contratacion-publica-espana_1548397/ (Recuperado el 4/082018).

11. GALLEGO CÓRCOLES, I., «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», op. cit., p. 92-114.

12. JORDANA DE POZAS, L., «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo», *Revista de estudios políticos*, (España: 1949), p. 46.

13. JORDANA DE POZAS, L., «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo», op. cit., p. 46.

como uno de los instrumentos que deben emplearse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador garantizando el uso eficiente de los fondos públicos. En este sentido la Directiva 2014/24/UE pretende modernizar la contratación pública para incrementar la eficiencia del gasto público, facilitar la participación de las PYMEs y permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes.

De hecho, como se verá más adelante e indica el considerando nº 47, la investigación y la innovación, incluidas la innovación ecológica y social se encuentran dentro de los principales motores del crecimiento y ocupan un lugar preeminente en la Estrategia Europa 2020. Por ello *Los poderes públicos deben hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación.*

Y es que la Estrategia Europa 2020 pivota sobre tres ejes: un crecimiento inteligente, esto es, el desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación; un crecimiento sostenible que promueva una economía que emplee los recursos de una manera más eficaz, más verde y competitiva y, finalmente, un crecimiento integrador, esto es, una economía con alto nivel de empleo que tenga una cohesión social y territorial¹⁴.

Dentro de este marco conviene tener en cuenta el considerando nº 123 que indica que la contratación pública ha de ser aprovechada para la consecución de los objetivos de la Estrategia Europa 2020 en materia medioambiental, social y de innovación. Para ello, se indica que *es importante obtener una visión de conjunto de los cambios que se produzcan en el ámbito de la contratación estratégica a fin de formarse una opinión fundada acerca de las tendencias generales a escala global en este ámbito.*

La citada visión estratégica del marco jurídico comunitario se pone de manifiesto en, por ejemplo, el art. 67.2 de la Directiva en la medida en que para determinar la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador podrá incluir la mejor calidad-precio que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato. En este mismo sentido y en relación con las condiciones especiales de ejecución si acudimos al art. 70 de la Directiva nos encontramos con que éstas podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo.

Puede comprobarse, por tanto, como el espíritu de la contratación pública estratégica se encuentra presente en el texto comunitario. Este texto comunitario se encuentra llamado a su aplicación, incluso en el caso de que no se haya incorporado expresamente en un Estado miembro a través de su transposición. Así fue el caso de España dado que hasta el año 2017 no fue promulgado un texto jurídico de transposición de la Directiva 2014/24/UE, lo que no impidió que ésta fuera aplicable directamente como consecuencia del efecto directo de las Directivas comunitarias¹⁵.

La ley en virtud de la cual se transponen las Directivas comunitarias en materia de contratación pública es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector

14. HERNANDO RYDINGS, M., «El fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación a través de las compras públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo* (Civitas: Pamplona: 2015), obtenido en «Aranzadi Instituciones» BIB 2015/16799, p. 2.

15. *Vid.* MILLÁN MORO, L., «Aplicabilidad directa y efecto directo en Derecho Comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia» *Revista de Instituciones Europeas* (Madrid: CEPC: 1984).

Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, **LCSP**), que como no podría ser de otra manera incluye en su texto numerosas previsiones que reconocen la consideración estratégica de la contratación pública, por lo que en definitiva, la contratación pública se centra en el referido enfoque desde la perspectiva del servicio al interés general.

Si ya su exposición de motivos hace referencia a la influencia de la Estrategia Europa 2020 en el plano normativo de contratación pública en tanto en cuanto se *configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos* es su art. 1.3 LCSP el que establece que:

En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

Toda contratación pública se encuentra matizada por una visión estratégica encaminada a implantar políticas públicas medioambientales, sociales, de innovación, de promoción a pequeñas y medianas empresas y de economía social y esto es así por mandato expreso del legislador nacional y comunitario.

Pueden señalarse algunos artículos de la LCSP que reflejan esa visión estratégica y que, en definitiva, también se encuentran en línea con lo previsto en las directivas comunitarias sobre las que ya se ha hecho referencia. El art. 28 relativo a la necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación en su apartado segundo preceptúa que las entidades del sector público *valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa*. El art. 35.1 LCSP indica que ha de tenerse en cuenta las consideraciones sociales, ambientales y de innovación cuando se defina el objeto y tipo de contrato. Otro ejemplo destacable es el que constituyen las previsiones del art. 145.2 en la medida en que dispone que los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor calidad precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales vinculados al objeto del contrato. Finalmente, a modo de último ejemplo, destaca también la obligatoriedad de incluir en cada licitación condiciones de ejecución de carácter estratégico en materia de innovación medioambiental o social según el art. 202 LCSP¹⁶.

Para una mejor comprensión de esta visión de la compra pública conviene tener en cuenta que en cuestiones concretas se manifiesta como mecanismo de intervención estratégico por razones de interés general. Pues bien, algunos ejemplos que pueden destacarse son la imposición al contratista de determinadas condiciones tales como el empleo de productos reciclables o la posesión de ecoetiquetas. De hecho,

16. Estos artículos constituyen unos convenientes ejemplos de la contratación pública estratégica que han sido señalados, así como muchos otros por Gallego Córcoles en GALLEGO CÓRCOLES, I. «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», op. cit., p. 92-114.

el art. 202 LCSP obliga al órgano de contratación a introducir en el pliego de condiciones administrativas particulares al menos una condición especial de ejecución de tipo medioambiental, social o relativa al empleo. Es en el referido artículo, en su apartado segundo, donde se establecen algunas condiciones especiales de ejecución de carácter medioambiental (reducción de emisiones de gases efecto invernadero o el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados en la ejecución del contrato) y sociales (hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, promover el empleo de personas con dificultades de inserción en el mercado laboral, eliminar la desigualdad de hombres y mujeres en el mercado o promover la efectiva conciliación en el trabajo y la vida familiar).

En virtud de lo expuesto y como adecuadamente señala Rodríguez-Arana, *las políticas públicas de contratación pública se nos presentan como fenomenales instrumentos a través de los cuales, con pleno respeto por supuesto a la juridicidad, es posible contribuir de manera directa y tangible a un mayor compromiso social*¹⁷. Compromiso y servicio objetivo al interés general, siempre en pleno respeto a la legislación vigente, han de estar presentes para encauzar las políticas públicas de contratación y por supuesto, su ejecución. Por ello las ideas de buen gobierno y buena administración son inseparables de la contratación pública.

2. La contratación pública estratégica desde el punto de vista de la innovación

Se ha dicho ya como ha cambiado el paradigma de la compra pública desde que se parte del punto de vista de que es un fantástico instrumento para promover políticas públicas que se encuentran enfocadas al servicio objetivo del interés general. Esta compra pública estratégica se dirige especialmente a la consecución de objetivos sociales, medioambientales y de innovación. La compra pública de innovación¹⁸, por tanto, entra dentro del espectro de la nueva manera de ver la contratación pública y en este sentido ha de ser enfocada por los poderes públicos.

La Unión Europea pretende modernizar el escenario de la contratación pública para que logre ser más eficiente y competitivo y permita el cumplimiento de las políticas públicas de la Estrategia Europa 2020¹⁹.

De hecho, afirma Valcárcel, que el protagonismo de la innovación en la contratación pública se enmarca en su visión estratégica ya que se trata de fomentarla desde la demanda del sector público, perspectiva desde la que será dicho sector el

17. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., «La contratación del sector público como política pública», en AA.VV. (Dir. J. José Pernas García), *Contratación pública estratégica* (Navarra: Aranzadi: 2013), p. 40.

18. Conviene enfatizar que nos referimos a la compra pública de innovación, y no a la compra pública innovadora, puesto que ésta primera se asemeja más al concepto anglosajón de *Public Procurement of Innovation*, remarca su importancia al emplear el sustantivo (innovación) en lugar del adjetivo (innovadora) lo que podría denotar un carácter simplemente accesorio (MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD. «Guía 2.0 para la compra pública de innovación» (2015), disponible en: http://www.idi.mineco.gob.es/stfs/MICINN/Innovacion/FICHEROS/Guia_2_0_CPI_V5_Borrador_web.pdf [Fecha de última consulta: 10 de mayo de 2018], p. 4.) Además, la Compra Pública Innovadora puede hacer referencia a la innovación en tipologías contractuales o procedimientos de adjudicación, y en este caso, nos referimos a la adquisición de obras, bienes o servicios por parte del poder público.

19. HERNANDO RYDINGS, M., «El fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación a través de las compras públicas», op. cit., p. 2.

que defina, concrete y determine la innovación que quiere que le provea el sector privado²⁰. Este nuevo paradigma de la contratación se plasmó en las Directivas de 2004, se ratificó y consolidó en las conocidas Directivas de cuarta generación, esto es, las Directivas de 2014, y como no podría ser de otra manera, se ha trasladado en la LCSP española.

Una de las finalidades de la Compra Pública de Innovación es salvar el vacío existente entre procesos y tecnología de vanguardia y los clientes o usuarios del sector público que puedan ser beneficiarios de dichos bienes, obras y servicios innovadores²¹. Es una actividad de fomento, ya se ha afirmado, y además se diferencia de la subvención en que está determinada por la demanda de los clientes públicos y busca desarrollar soluciones concretas para satisfacer sus necesidades²². Desaparece la mecánica anterior en virtud de la cual se miraba desde la oferta a la demanda, de tal manera que el sector público será quien determine la innovación que quiere que se le suministre desde el sector privado. Partiendo de esta nueva misión atribuida a la compra pública a través de las Directivas comunitarias y en el marco de la Estrategia Europa 2020 se han articulado y propuesto, sobre todo, a través de *soft law*, una serie de herramientas que permiten fomentar la innovación desde el lado de la demanda mediante políticas de contratación pública en sectores de carácter estratégico²³. Es importante tener presente que estos mecanismos y herramientas no son de origen comunitario, sino que se han importado de otros sistemas jurídicos²⁴.

En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre *La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles* COM/2007/0799 pueden encontrarse ya referencias a los desafíos sociales, medioambientales, tecnológicos y de seguridad que requieren de nuevas soluciones, soluciones que podríamos considerar de vanguardia, innovadoras. Desde esta comunicación se propone *la elaboración de estrategias de contratación (...) para desarrollar nuevas soluciones a estos desafíos*.

Como ya se ha determinado en párrafos anteriores, para encuadrar de una manera correcta la Compra Pública de Innovación es *conditio sine qua non* traer a colación las Directivas de cuarta generación y en especial la Directiva 2014/24/UE. En ésta pueden encontrarse más de setenta menciones expresas e implícitas a la innovación. Especialmente revelador es su Considerando nº 47 que señala lo siguiente:

La investigación y la innovación, incluidas la innovación ecológica y la innovación social, se encuentran entre los principales motores del crecimiento futuro y ocupan un lugar central de la Estrategia 2020

La compra pública de innovación, de hecho, genera una serie de beneficios para la autoridad contratante, para los proveedores y para la sociedad. Para la autoridad

20. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación (1)», *Contratación Administrativa Práctica*, (Wolters Kluwer: 2018). p. 1.

21. PROCUREMENT OF INNOVATION PLATFORM, *Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación*, p. 6, disponible en <https://www.innovation-procurement.org/fileadmin/editor-content/Guides/PPI-Platform-Guide-ES-final-lowres.pdf> [Fecha última consulta: 1 de junio de 2018].

22. *Ibidem*, p. 7.

23. HERNANDO RYDINGS, M., «El fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación a través de las compras públicas», op. cit., p. 3.

24. *Ibidem*.

contratante algunos de ellos son el ahorro de costes a corto, medio o largo plazo, el desarrollo de conocimientos, capacidades y técnicas que pueden ser utilizadas en otros proyectos y, por supuesto, la contribución a los objetivos de políticas medioambientales y sociales. Los proveedores, por su parte, podrán acceder a valiosos clientes del sector público, se encuentran ante la oportunidad de aplicar investigación y comercializar ideas y un desarrollo de especialización y capacidades prácticas. La sociedad, el verdadero destinatario de las políticas de contratación pública estratégica e innovadora, se beneficiará con mejores servicios e infraestructuras públicas, creación de puestos de trabajo e inversión cualificados, podrá afrontar nuevos retos medioambientales y sociales, tendrá lugar un uso más racional del dinero de los contribuyentes, así como mejoras en la calidad de vida y transferencia de conocimiento, entre otras muchas²⁵.

En la misma línea de lo anterior el Considerando nº 47 manifiesta cómo la promoción de la compra pública para fomentar la innovación por parte de la Unión Europea tiene una serie de efectos sin duda positivos para la sociedad en su conjunto, entre ellos los siguientes:

- Motiva a los poderes públicos a emplear la contratación pública de forma estratégica para fomentar la innovación.
- La adquisición de bienes, obras y servicios de carácter innovador desempeña un papel esencial en la mejora de la eficiencia y calidad de los servicios públicos de la misma manera que también responde a los desafíos fundamentales de la sociedad.
- Contribuye a mejorar la relación calidad-precio en las inversiones públicas.
- Proporciona ventajas económicas, medioambientales y sociales.
- Fomenta la generación de nuevas ideas que con posterioridad se plasmarán en obras, productos y servicios de carácter innovador promoviendo un crecimiento económico sostenible.

Otras referencias destacables a la compra pública de innovación son las previstas en el Considerando nº 124 sobre el potencial innovador que radica en las PYMEs o en el art. 70 que prevé la posibilidad de tomar en consideración características innovadoras para determinar la oferta económicamente más ventajosa. Y es que a la hora de hablar de esta modalidad de compra pública ha de tenerse siempre presente que el objetivo de la adquisición de productos y servicios innovadores es favorecer el crecimiento futuro y mejorar la eficiencia y calidad de los servicios públicos²⁶.

Siendo el concepto de innovación muy complejo de delimitar, la Directiva 2014/24/UE define en su art. 1.1.22) el concepto de innovación, que es el siguiente:

... introducción de un producto, 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 del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo de

25. PROCUREMENT OF INNOVATION PLATFORM. Op. cit. p. 14.

26. GIMENO FELIÚ, J.M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, (España :Aranzadi Thomson Reuters: 2014) p. 46.

ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

Este concepto, que pudiera considerarse tradicional, ha sido ampliado en tanto en cuanto tienen cabida también cuestiones de índole económico-mercantil, ambientales y sociales²⁷. Esta definición de innovación, no introducida en la LCSP es, en virtud del efecto directo de las Directivas comunitarias, la de aplicación al Derecho de la contratación pública español.

La visión de la innovación proporcionada por la Directiva, defiende Cerqueira Gómez, descansa en la exigencia de dos requisitos o elementos: un elemento ontológico referido a la creación de recursos nuevos o a la reasignación más eficiente de los ya existentes y un elemento teleológico referido a que el nuevo producto, servicio o proceso debe considerarse innovación sólo en la medida en que se contribuya al fomento de la sostenibilidad o a la mejora del bienestar social a largo plazo²⁸.

La Compra Pública de Innovación, como se ha expuesto, ayuda al crecimiento y desarrollo económico, permite un incremento de la eficiencia en la prestación de los servicios públicos, ayuda a implementar políticas de carácter social y medioambiental así como otras de interés general, siendo todas ellas de carácter innovador. Gracias a ella pueden proporcionarse nuevas soluciones y respuestas a los problemas, desafíos y necesidades de este siglo contribuyendo a un desarrollo sostenible e inteligente que formula una apuesta por la mejora de toda la sociedad en un largo plazo. En consecuencia, es fundamental lograr aterrizar las ideas y propuestas de carácter innovador para que puedan convertirse en nuevos productos y servicios que lideren el cambio social y afronten los retos del siglo XXI con fuerza en la constante perspectiva de servicio objetivo al interés general y en última instancia, a la persona. No hay que perder de vista que el Derecho administrativo tiene como finalidad última el servicio pleno a ésta y el fortalecimiento de su dignidad. Hacia ese camino han de orientarse las políticas públicas y no podía ser menos, la compra pública.

Cabe preguntarse a continuación si existe una relación entre la nueva visión de la contratación pública con la buena administración, auténtico derecho alzado como fundamental en la Carta Europea de Derechos Fundamentales. A responder a esta pregunta se dedicará el capítulo siguiente y no sólo se demostrará su relación, sino que se acreditará la necesidad de ejecutar las políticas públicas de innovación bajo el paraguas de la buena administración entendida en sentido amplio.

III. LA NECESARIA PERSPECTIVA DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN

1. El derecho fundamental a una buena administración: conceptos previos

Dado que la buena administración parece no formularse de una manera unánime e inequívoca se estudiará brevemente desde una visión amplia, que será la que se defenderá en este trabajo para explicar cómo opera este derecho fundamental en la

27. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público... op. cit., p. 3-4.

28. CERQUEIRA GOMES, P., «The innovative innovation partnerships under the 2014 public procurement directive» *Public Procurement Law Review*, p. 211 y ss. en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. «La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público... op. cit., p. 1.

contratación pública y en especial en la ejecución de las políticas de compra pública innovadora.

Ha alcanzado la buena administración una gran relevancia en estos últimos años dentro de las normas dedicadas a regular el funcionamiento de las Administraciones Públicas tanto en España como en el ámbito comunitario²⁹. Afortunadamente se habla con frecuencia de la buena administración, que se ha introducido al máximo nivel del ordenamiento jurídico de la Unión Europea al figurar en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, encontrarse al menos como principio en ordenamientos de Estados miembros y ser citada en los fundamentos jurídicos de sentencias de tribunales ante los cuales puede ser invocada³⁰.

Antes de continuar analizando la buena administración y relacionarla con la contratación pública de innovación ha de hacerse una precisión conceptual para evitar posibles equívocos: la buena administración no es equivalente al buen gobierno, aunque suelen confundirse. En este sentido distingue Chaves ambos conceptos, partiendo de una publicación de Ponce Solé, entendiéndose que el «buen gobierno» se refiere al modo en el que el ejecutivo desarrolla sus funciones reglamentarias y políticas. Hablamos entonces de la «buena administración» al modo de gestión administrativa, que se incumple con la gestión negligente o la corrupción³¹. Para Cerrillo y Martínez *los principios de buena administración se dirigen a los funcionarios y personal de los organismos públicos y regulan sus relaciones con los ciudadanos y, por tanto, tienen un ámbito más específico que los principios de buena gobernanza*³². En este trabajo se estudiará la contratación pública desde el punto de vista de la buena administración, no formando parte de este trabajo, por tanto, el buen gobierno³³.

Una pertinente explicación sobre lo que es una buena administración la proporcionan los profesores Rodríguez-Arana y Sendín García para quienes una Buena Administración es aquella que toma las decisiones en función de las personas, de sus necesidades colectivas, en función del interés general³⁴. El buen gobierno y la buena administración tienen una triple funcionalidad: como principio general del Derecho, como obligación de toda Administración pública derivada de la definición del Estado social y democrático de Derecho y desde la perspectiva de la persona,

29. RASTROLLO SUÁREZ, J. J., «Proyección del derecho a una buena administración en el derecho europeo de contratos públicos: hacia la «buena contratación»», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, (Madrid: Universidad de Alcalá: 2014), p. 158.

30. MEILÁN GIL, J. L., «La buena administración como institución jurídica» *Revista Andaluza de Administración Pública*, (Andalucía: Instituto Andaluz de Administración Pública: 2013), p. 14.

31. CHAVES, J. R., «Principio de buena administración: nuevo paradigma de control de la discrecionalidad», 2016, disponible en: <https://delajusticia.com/2016/06/07/principio-de-buena-administracion-nuevo-paradigma-de-control-de-la-discrecionalidad/> [Fecha última consulta: 19 de mayo de 2015]. Esta distinción la adopta a partir del siguiente artículo: PONCE SOLÉ, J., «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *Revista Española de Derecho Administrativo* (España: Civitas: 2016).

32. CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, INAP, Madrid (España), 2005, p. 20.

33. Un ejemplo muy pertinente para diferenciar la buena administración del buen gobierno es el propuesto por Meilan Gil. La buena administración implica que la Administración realice su cometido de modo adecuado a la política diseñada de tal manera que el Gobierno puede acordar una política de obras públicas, pero su ejecución se concretará en la suscripción de contratos entre la Administración y los particulares. Una deficiente configuración de los pliegos revelaría una mala administración. Este ejemplo se encuentra en: MEILÁN GIL, J. L., «La buena administración como institución jurídica», op. cit., p. 20.

34. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. & SENDÍN GARCÍA, M.A., *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno* (Granada: Comares: 2014), p. 7.

es un genuino derecho fundamental a la buena administración de la que se derivan derechos concretos³⁵. En este sentido, Durán afirma que una Administración, por definición, no puede ser sino buena ya que de lo contrario resultaría ilegítima³⁶.

En definitiva, cuando se habla de buena administración, más aún en un sentido amplio, puede percibirse que se están incluyendo una serie de consideraciones éticas en tanto en cuanto, señala Delpiazzo, *implican la calificación de un obrar conforme a lo bueno, es decir, a lo que está bien*³⁷.

Asumir esta posición implica que la Administración, más allá de servir a los intereses generales, ha de servirlos bien. Para ello debe promover la efectiva realización de los derechos fundamentales y de todas aquellas cuestiones de interés general poniendo los medios que estén disponibles a su alcance.

Ya en capítulos anteriores se ha hecho referencia a la idea de servicio al interés general que se encuentra intrínseco en la compra pública estratégica y en la de innovación. Pues bien, la buena administración es un verdadero principio que obliga a la Administración a distinguirse en su actuación cotidiana por su servicio objetivo al interés general³⁸. En este sentido, la compra pública de innovación ha de dirigirse siempre hacia la vocación de servicio y la Administración ha de actuar de manera ética y conforme a Derecho en todas las fases de la contratación, desde las fases preparatorias hasta la ejecución del contrato siendo especialmente cuidadosa en aquellas en las que se encuentra presente un alto grado de discrecionalidad o incertidumbre ante el proceso innovador.

La idea de buena administración prevista en el art. 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales se especifica en una forma de gestionar lo público basada en la idea de objetividad, equidad y plazo razonable. No obstante hay que tener en cuenta que el derecho fundamental a una buena administración ha de entenderse desde una visión más amplia y de la que se desprenden otros derechos concretos, como el de transparencia, motivación, plazo razonable, racionalidad, proporcionalidad, eficacia, transparencia, seguridad jurídica, ejercicio normativo del poder, coherencia, facilitación...³⁹ Todos estos corolarios, todos estos derechos que se desprenden de la visión amplia del art. 41 de la Carta no sólo se deducen de una construcción lógica y sistemática a partir de dicho artículo y de conformidad con el Derecho positivo, sino que cuentan con una sustantividad propia que informa y condiciona, junto con el resto de las normas del derecho positivo, a la actuación de la Administración Pública.

Este principio afecta a todos los aspectos y vertientes de la actuación de la Administración, teniendo en consecuencia un carácter *omnicomprensivo de la realidad jurídico-administrativa*. Por lo tanto, se puede hablar de una buena administración en entre otros, el urbanismo, el acceso a documentos públicos, la publicidad activa, la gestión económico-financiera y, especialmente para el caso que nos ocupa, la contra-

35. *Ibidem*, p. 2.

36. DURÁN MARTÍNEZ, A., «Principio de eficacia y Estado subsidiario», en AAVV, *Liber Amicorum Discipulorumque Cagnoni*, (Montevideo: Fundación Cultura Universitaria) pág. 154.

37. DELPIAZZO, C., «La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados», *Revista de Derecho*. (Uruguay: Universidad Católica de Uruguay: 2014) p. 42.

38. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*. Op. cit., p. 586.

39. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., «La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa», *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales* (Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca: 2013), p. 49 y ss.

tación pública. No es cuestión baladí, como se ha afirmado, que la contratación pública sea un medio para la realización de políticas públicas⁴⁰, esto es, que se encuentra dentro del ámbito de la buena administración.

Una vez señalados los fundamentos básicos de la buena administración en sentido amplio se estudiará la relación entre la buena administración y la contratación pública de innovación. La observancia de los principios y valores de la buena administración será una magnífica garantía de que los procesos de contratación pública de innovación se realicen orientados al servicio al interés general y en plena observancia de todas las garantías necesarias tanto para el administrado como receptor final de los servicios públicos y de las políticas públicas de contratación como para los licitadores y adjudicatarios.

2. La buena administración en la contratación pública de innovación

Como primera apreciación a la buena administración en la contratación pública de innovación es de obligada referencia apuntar que no es un bloque compacto, sino que integra varios principios que pueden incluirse en el genérico de buena administración⁴¹, siendo origen muchos de ellos del Derecho y jurisprudencia comunitarios.

Algunos ejemplos son los deberes de transparencia, proporcionalidad, eficiencia y sostenibilidad, entre otros, que se encuentran previstos en la Directiva 24/2014/UE. Por ello puede afirmarse que la buena administración de la contratación consistiría en el cumplimiento de los referidos principios que tienen suficiente intensidad para ser invocados judicialmente junto con los principios de la buena administración⁴².

Si acudimos a la normativa comunitaria, de nuevo a la citada Directiva, en su Considerando nº 1 ya determina que los principios han de ser respetados las autoridades de los Estados miembros, por otra parte, el art. 1 de la LCSP señala que el fundamento del Derecho de la contratación pública de España no es otro que el respeto de los principios consagrados por la Unión. Estos principios parten del Derecho positivo europeo y de las interpretaciones que, sobre él, realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, **TJUE**).

Por tanto, la buena administración incluye los principios básicos y fundamentales de la contratación pública como disciplina con entidad y fuerza propias, consideraciones éticas y, sobre todo, los que se han establecido en la Carta Europea de Derechos Fundamentales y en el del acervo comunitario.

Estos principios comunitarios de la contratación pública, tal y como ha señalado Moreno Molina, han sido destacados a través de la doctrina del TJUE. La jurisprudencia comunitaria ha aplicado los grandes principios de la Unión a los contratos públicos y ha jugado un papel fundamental en la garantía de los principios de publicidad, objetividad y no discriminación en su adjudicación⁴³. Estos principios pueden comprometer

40. MEILAN GIL, J. L., «Una construcción jurídica de la buena administración», *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, (Brasil: Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar: 2013), p. 19.

41. MEILAN GIL, J. L., «El contrato público como unidad» *Actas del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo 2017*, consultado en: https://foroida.org/wp-content/uploads/2017/06/Libro_FIDA_2017.pdf [Fecha última consulta: 1 de junio de 2018].

42. *Ibidem*.

43. MORENO MOLINA, J. A., «Principios Generales de la Contratación Pública en el Reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina», *Revista Derecho & Sociedad* (2015), p. 45.

terse en los procedimientos de adjudicación de compra pública de innovación dadas las incertidumbres de todo producto innovador y de las facultades discrecionales que se hallan presentes en sus fases, lo que se hace especialmente evidente en el procedimiento de asociación para la innovación que será tratado más adelante.

En la contratación pública destaca por su relevancia principios como los de eficacia eficiencia y transparencia⁴⁴ que deberán estar en absolutamente todas las fases de la contratación, partiendo desde la fase preparatoria hasta la finalización de la relación contractual. No es cuestión baladí que ha a de hablarse de la buena administración en la preparación de los pliegos, en la adjudicación, etc.

La buena administración marca el camino para la orientación de los poderes públicos al servicio objetivo del interés general en la aplicación y ejecución de sus políticas públicas, especialmente, para el caso que ocupa en este momento, la contratación pública.

Este derecho fundamental se yergue en aquellas situaciones que pudiéramos llamar como críticas o problemáticas inherentes a un proceso de compra pública de innovación. Algunos ejemplos pueden ser la preparación de las condiciones técnicas previstas en los pliegos o la resolución por la que se adjudica un contrato. No hay que olvidar que siempre lo innovador lleva aparejada cierta incertidumbre. La preparación y desarrollo de todo el proceso de contratación ha de estar orientado a la idea de servicio y siempre ejecutarse garantizando la transparencia, igualdad, libre concurrencia, racionalidad, entre otros muchos otros como son la motivación de las decisiones o la eficiencia. Todos, de una manera u otra, corolarios del derecho fundamental a una buena administración.

Es interesante traer a colación, en relación con la idea de buena administración de la compra pública estratégica y de innovación, la idea de *la evaluación y el aprendizaje en la compra de innovación* a la que hace referencia la Guía de Contratación Pública de Innovación del Ayuntamiento de Madrid en tanto en cuanto reconoce acertadamente que *la innovación conlleva una mejora significativa o incluso una ruptura respecto a la forma habitual de prestar servicios por parte de la administración. (...)*⁴⁵ No hay que perder de vista que si bien es cierto la compra pública de innovación requiere un cambio de mentalidad y formulaciones diferentes a la hora de preparar y diseñar los expedientes de contratación⁴⁶ ésta ha de hacerse conforme los fundamentos, principios y valores que se encuentran bajo el manto del derecho fundamental a una buena administración.

De hecho, la complejidad de la contratación pública y el hecho de que sea esta disciplina un paradigma de la legislación motorizada⁴⁷ hace especialmente importante la existencia de una serie de principios básicos y fundamentales que orienten al aplicador e intérprete del Derecho ante su propia realidad. Es necesario la existencia

44. RASTROLLO SUÁREZ, J. J., «Proyección del derecho a una buena administración en el derecho europeo de contratos públicos: hacia la «buena contratación»», op. cit., p. 164.

45. AYUNTAMIENTO DE MADRID, «Guía de contratación pública de innovación del ayuntamiento de Madrid», p. 29.

46. XUNTA DE GALICIA, «Guía de buenas prácticas para favorecer la Contratación Pública de Innovación en Galicia», p. 40.

47. Para más información, VV. AA., *La técnica normativa: una necesidad para la realización de la Justicia*, (coord. RODRÍGUEZ-ARANA, J., GARCÍA MEXIA, P., HERNANDO MÁSDEU, J. (Madrid: CEU Ediciones: 2010) y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, (Madrid: Civitas: 1999).

de estos principios de buena administración en sentido amplio en la medida en que fortalecen la seguridad jurídica y promueven la realización del servicio objetivo al interés general.

IV. LAS MANIFESTACIONES DE LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Es objeto de este trabajo estudiar cuales son las manifestaciones de la compra pública de innovación en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Con posterioridad se explicará en detalle un nuevo procedimiento de adjudicación, la asociación para la innovación, que puede ser considerado como el paradigma de la compra pública de innovación dada su finalidad última y las características intrínsecas que tiene en su tramitación. Precisamente por su importancia dentro de la compra pública de innovación es estudiará en un epígrafe aparte.

No es cuestión baladí conocer adecuadamente los instrumentos que proporciona la ley para promover la compra pública de innovación puesto que la aparición de la innovación y más específicamente, en la contratación pública *está muy condicionada por el marco regulatorio e institucional en el cual tienen lugar las actividades productivas*⁴⁸. Por ello es necesario observar unas dimensiones fundamentales para que pueda funcionar este tipo de compra pública estratégica: flexibilidad de la regulación, las condiciones exigidas a las empresas y la existencia de información suficiente que permita la toma de decisiones⁴⁹. La flexibilidad en la regulación puede entenderse también como la flexibilidad en los procedimientos (siempre dentro de legalidad y nunca en la arbitrariedad) de manera que sean acordes con las características de la innovación.

La propia exposición de motivos de la LCSP señala que uno de los objetivos que la inspiran es el logro de una mayor calidad-precio. Para fomentarlo establece la obligación de los órganos de contratación de velar porque el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad mediante, entre otros, la inclusión de aspectos innovadores vinculados al contrato.

Dicho –espíritu de la ley– o *voluntas legislatoris*, como quiera entenderse, se refleja, entre otros muchos ejemplos, en el art. 334.2.e) en la medida en que se determina que la Estrategia Nacional de Contratación Pública se diseñará para establecer medidas que permitan cumplir una serie de objetivos entre los que está el empleo de las posibilidades *de la contratación pública para apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación*. Vemos, por tanto, como se encuentra presente en el texto legal la contratación pública vista como estrategia, como medio para fomentar políticas públicas encaminadas al servicio del interés general.

Y es que bien señala la Exposición de Motivos, tal y como se ha afirmado en epígrafes anteriores, que se persigue no sólo una mayor seguridad jurídica, sino que se utilice la contratación pública *como instrumento para implementar las políticas tanto*

48. PEÑATE VALENTÍN, M.C. & SÁNCHEZ CARREIRA, M.C., «El papel de la regulación en la compra pública innovadora: relevancia y limitaciones», *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, (Galicia: 2015), p. 63.

49. *Ibidem*.

europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las Pymes y en defensa de la competencia. Se insiste en este punto dado que es una auténtica piedra de toque que caracteriza a la compra pública de este siglo.

Dichas consideraciones de carácter innovador podrán incluirse bien en el diseño de los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos (valoración calidad-precio) o condiciones especiales de ejecución sin perjuicio del posible empleo de los mecanismos europeos enfocados para fomentar la innovación y que se reflejan en la LCSP o del correcto empleo de los procedimientos de adjudicación para fomentar la innovación.

1. Las modalidades de compra pública de innovación en la LCSP y procedimientos de adjudicación adecuados para su desarrollo

La LCSP, en línea con la dinámica europea ha recogido las dos modalidades de Compra Pública de Innovación y un nuevo procedimiento para el derecho de contratos español, la asociación para la innovación, ya previsto en las directivas comunitarias. A continuación, se hará referencia sucinta a las precitadas modalidades:

- La compra pública precomercial (en adelante, **CPP**) es una contratación de servicios y desarrollo (I+D), íntegramente remunerada por la entidad contratante, caracterizada porque el comprador público no se reserva los resultados de la I+D para su propio uso en exclusiva⁵⁰, sino que comparte los riesgos y beneficios de la investigación necesaria para desarrollar soluciones que superen las disponibles en el mercado. Se encuentra excluida del ámbito de aplicación del Derecho de contratos (art. 14 de la Directiva 2014/24/UE y art. 8 LCSP) pero le son de aplicación los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad, no discriminación y elección de la oferta más ventajosa. La entidad contratante determinará un régimen para cada contrato en los pliegos o documentos elaborados por ella.
- La compra pública de tecnología innovadora (en adelante, **CPTI**) se encuentra dentro de las compras comerciales y se refiere a la compra de un bien o servicio que no existe en el mercado pero que puede desarrollarse en un periodo de tiempo razonable y requiere el desarrollo de tecnología nueva o mejorada para poder cumplir con los requisitos demandados por el comprador⁵¹. Ésta queda sujeta a la LCSP y cabe utilizarla en cualquier tipo de contrato y mediante cualquier procedimiento de licitación previsto en la precitada ley. Por tanto se emplearán las previsiones de la contratación pública ordinaria aplicadas hacia la innovación.

Mediante un empleo conveniente de los tipos de contrato y procedimientos de licitación pueden articularse procesos de adquisición enfocados hacia la contratación de innovación, lo que requiere determinar ciertas especificidades en los pliegos de condiciones administrativas y en los técnicos. Ejemplos de ello, sobre los que se entrará en detalle más adelante, son las determinaciones de particularidades funcionales, especificaciones técnicas, criterios de adjudicación, admisión de variantes o incluso

50. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD, «Guía 2.0 para la compra pública de innovación», op. cit., p. 7.

51. *Ibidem*.

condiciones para la presentación de proposiciones cuando se exija cierta acreditación de solvencia técnica y profesional.

Podrán iniciarse procesos de licitación de compra pública de innovación mediante el procedimiento abierto (art. 156 y ss. LCSP), procedimiento abierto simplificado (art. 159 LCSP), procedimiento restringido (art. 160 y ss. LCSP), procedimientos con negociación (art. 166 y ss. LCSP), diálogo competitivo (art. 172 y ss. LCSP) y asociación para la innovación (art. 177 y ss. LCSP). Es imprescindible que la Administración realice un análisis de estas figuras procedimentales y seleccione la más adecuada teniendo siempre en cuenta que la buena Administración es la que ejerce sus funciones de servicio *con racionalidad, justificando sus actuaciones y que se orienta continuamente al interés general*⁵².

Si bien es cierto hay contratos de CPTI que se han adjudicado mediante el procedimiento abierto, las particularidades de este tipo de contratos requieren un planteamiento más flexible que implique una amplitud de miras que deje atrás la visión de la compra pública como una simple transacción comprador-vendedor. Es necesario que licitadores y poder adjudicador tengan una relación estrecha dentro de la más estricta legalidad, respeto de los principios de la contratación y bajo la buena administración. Para este tipo de compra pública los procedimientos de adjudicación en los que es posible negociar son los más interesantes para comprar innovación⁵³ y son la licitación con negociación, el diálogo competitivo y la asociación para la innovación.

Dentro de este marco conformado por las modalidades de compra pública de innovación y los tipos contractuales y procedimientos de licitación es imprescindible que la Administración decida de la manera más adecuada y que mejor satisfaga el interés común dentro del marco legal. Dicha decisión, que se encuentra dentro del marco de la gestión de la Administración, *del ámbito interno de las organizaciones públicas*⁵⁴ deberá respetar los postulados de la buena administración en sentido amplio.

2. Las manifestaciones de la Compra Pública de Innovación en la LCSP

En todo procedimiento de contratación ha de estar presente la visión estratégica de la compra pública (art. 1.3 LCSP) superando, se ha dicho, la concepción tradicional que se encontraba configurada como un mero sistema de adquisición de bienes, servicios u obras que precisaba la Administración. A continuación, se pondrán de manifiesto las principales manifestaciones de la LCSP para el fomento de la compra pública estratégica de innovación.

A) Necesidad, idoneidad y objeto del contrato

El art. 28 LCSP determina sobre la necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia de la contratación que *las entidades del sector público no podrán celebrar otros*

52. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *El derecho a una buena administración para los ciudadanos: un modelo global de Administración*. (Madrid: INAP: 2013), p. 18.

53. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público... op. cit., p. 7.

54. PADILLA RUIZ, P., «La buena administración como fundamento de actuación del empleado público», *Revista Vasca de Administración Pública*, (País Vasco: Instituto Vasco de Administración Pública: 2017), p. 383.

contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales y valorarán las consideraciones de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública.

Además, los documentos en los que se formalicen los contratos públicos, salvo que se recojan en los pliegos deberá incluir la definición del objeto y tipo de contrato teniendo en cuenta en su definición las consideraciones sociales, ambientales y como no, de innovación (art. 15.1.c) LCSP).

El objeto del contrato deberá estar determinado, y para ello podrá definirse en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer sin cerrarlo a una única solución. Se definirán de esta manera los contratos en los que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas en los bienes, obras o servicios que se contraten (art. 99.1 LCSP). De hecho, dada la incertidumbre presente en la innovación, parece necesario definir de una manera abierta el objeto del contrato para ser coherente con las posibilidades de innovación que puedan incorporarse en lo que se pretende contratar.

B) Solvencia técnica y profesional

La solvencia técnica y profesional (art. 86 y ss. LCSP) es fundamental en el licitador a la hora de ejecutar el contrato, en especial en uno que tenga por objeto innovación. Con carácter general y en este tipo de contratos es conveniente definir unos requisitos mínimos que garanticen que pueda ejecutarse sin perder de vista las particularidades que por su perfil puedan mantener los precitados en materia de innovación⁵⁵. Algunos ejemplos de cláusulas para acreditar solvencia técnica o profesional puede ser la inclusión en el Registro de PYMEs innovadoras del Ministerio de Economía y Competitividad⁵⁶ o experiencia previa en los campos en los que verse el objeto del contrato.

C) Precios provisionales

El art. 102.7 LCSP en relación con el establecimiento de precios provisionales en el contrato establece también previsiones especialmente pensadas para la innovación o adquisición de productos complejos. En el caso de tramitarse procedimientos negociados, diálogos competitivos o asociaciones para la innovación (que son los procedimientos más adecuados para comprar innovación) si se pone de manifiesto que el contrato debe ejecutarse antes de que pueda determinarse el precio por razón de *la complejidad de las prestaciones o la necesidad de utilizar una técnica nueva*, no haya información sobre los costes de prestaciones análogas y sobre los elementos técnicos que permitan negociar un precio cierto de manera precisa podrán estable-

55. AYUNTAMIENTO DE MADRID, «Guía de contratación pública de innovación del ayuntamiento de Madrid», p. 41. Dicha guía indica que suelen ser centros de investigación (spin-offs), universidades o empresas de elevado rendimiento y start-ups que en principio carecen de los medios de solvencia económica puesto que se encuentran en el proceso de desarrollo del producto que van a vender.

56. Regulada a través de la Orden ECC/1087/2015, de 5 de junio, por la que se regula la obtención del sello de Pequeña y Mediana Empresa Innovadora y se crea y regula el Registro de la Pequeña y Mediana Empresa Innovadora. Será considerada PYME innovadora la prevista en el artículo 6.2 del Real Decreto 475/2014, de 13 de junio, sobre bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social del personal investigador, es decir, aquella PYME, atendiendo a la definición de la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas.

cerse precios provisionales. Volvemos, de nuevo, al componente de incertidumbre relativo a la contratación de innovación, que justifica el establecimiento de precios provisionales dada la complejidad de prestaciones o el empleo de técnicas nuevas.

D) *Especificaciones funcionales*

Asimismo, a la hora de determinar prescripciones técnicas en los pliegos, está previsto el establecimiento de especificaciones como requisitos de rendimiento o exigencias funcionales (art. 126.5 LCSP). Estas especificaciones son fundamentales en la fase de elaboración de pliegos y es una de las características principales en la compra pública de innovación. Dado que podemos estar ante un objeto contractual realmente innovador no siempre es recomendable, ni posible, ni apropiado concretar en demasía técnicas específicas para definir el objeto del contrato. En suma, *una especificación funcional es aquella que define las características mínimas exigibles al producto o servicio que se trate, sin imponer una forma, metodología o tecnología concretas* y supone una serie de ventajas, como que al proponer una formulación o problema fundamentado exige una respuesta a medida y deja en manos del licitador la creatividad e iniciativa en la búsqueda de soluciones originales⁵⁷.

Para su correcta formulación las entidades deben pensar en el resultado funcional que se desea lograr y no en términos de una solución técnica prevista para lograr satisfacer la necesidad que pretenden cubrir. Ha de plasmarse en el pliego no lo que se quiere, sino lo que se necesita⁵⁸. Describen por tanto la función, objetivo o rendimiento que se pretende alcanzar y se centran en las necesidades que el contrato busca satisfacer⁵⁹.

E) *Etiquetas*

Referencia también merecen las conocidas como etiquetas, que no son otra cosa que aquellos documentos, certificados o acreditaciones que confirman que las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos de que se trate cumplen ciertos requisitos (art. 127.1 LCSP), que serán admisibles siempre bajo la condición de que las referencias a éstas no restrinjan la innovación (art. 127.2.f) LCSP).

F) *Admisibilidad de variantes*

La admisibilidad de variantes (art. 142 LCSP) también es un instrumento que permite fomentar la innovación cuando vayan a tomarse en consideración varios criterios de adjudicación. Su inclusión permite que los particulares planteen sugerencias o alternativas al objeto del contrato modificando sus elementos o condiciones sin desnaturalizarlo. Permite, en definitiva, a los licitadores, presentar soluciones innovadoras incluso mejores que las previstas por las entidades contratantes⁶⁰.

57. XUNTA DE GALICIA, «Guía de buenas prácticas para favorecer la Contratación Pública de Innovación en Galicia», p. 56.

58. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD, «Guía 2.0 para la compra pública de innovación», op. cit., p. 48.

59. *Ibidem.*, p. 48.

60. XUNTA DE GALICIA, «Guía de buenas prácticas para favorecer la Contratación Pública de Innovación en Galicia», p. 96.

Dichas variables sólo caben en aquellos supuestos en los que, resulta expresamente admisible la alteración del objeto contractual, debiéndose encontrar en los pliegos los requisitos mínimos y modalidades en las cuales pueden presentarse⁶¹. Se considera que están previstas en los pliegos cuando se expresen los requisitos mínimos, modalidades y características, así como su vinculación con el objeto del contrato. Éstas pueden hacer referencia a determinadas funcionalidades que puedan tener los bienes, obras o servicios objeto del contrato o a la satisfacción adecuada de determinadas necesidades.

G) *Criterios de adjudicación*

Un papel clave en la compra de innovación tiene el establecimiento de los requisitos y criterios de adjudicación del contrato (art. 145 LCSP). Puede afirmarse que es la posibilidad más importante para introducir exigencias de innovación.

Estos criterios de adjudicación deberán establecerse sin perder de vista el tipo de compra de innovación que se pretende y que, en definitiva, uno de los objetivos es incluir aspectos innovadores en las propuestas. Cualquier criterio de adjudicación para ser válido ha de estar vinculado con el objeto del contrato, vinculación que como bien señala Gallego Córcoles, se ha relajado⁶². Un buen ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de mayo de 2012, Comisión vs. Países Bajos C-368/10. Actualmente la vinculación con el objeto del contrato no implica que el elemento objeto de valoración se incorpore físicamente a la prestación, codificándose la doctrina de la sentencia antes citada⁶³.

En la contratación pública en general, y como no podría ser de otra manera, en la compra pública de innovación, ha de adjudicarse la oferta más ventajosa. Con la nueva LCSP desaparece el criterio *oferta económicamente más ventajosa* para emplearse el de *oferta con la mejor relación calidad-precio*, encontrándose prevista la incorporación de una pluralidad de criterios de adjudicación con base en éste. También, previa justificación, podrán adjudicarse de conformidad a criterios basados en un planteamiento basado en la mejor relación costo-eficacia sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida. En todo caso, la mejor calidad-precio se evaluará conforme a criterios cualitativos y cuantitativos entre los que está, por supuesto, la innovación (art. 145.2). En este sentido, los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación podrán ser, entre otros, *la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales (...) las características (...) innovadoras*. Por este motivo a la hora de efectuar la adjudicación podrá preverse el grado de innovación o las características innovadoras del bien, servicio u obra en cuestión.

Pero, ¿qué criterios de adjudicación están relacionados con la innovación? Puede ser el grado de la adecuación de la propuesta al objeto del contrato, el grado de mejora en la prestación del servicio público o el equipo de trabajo⁶⁴. Habrán de

61. CUESTA CALLEJA, H., «Las variantes y mejoras en la contratación del sector público», *Anuario Aragonés del Gobierno Local* (Aragón: 2016), p. 423.

62. GALLEGO CÓRCOLES, I., «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», op. cit., p. 99.

63. *Ibidem*, p. 10.

64. AYUNTAMIENTO DE MADRID, «Guía de contratación pública de innovación del ayuntamiento de Madrid», p. 46.

valorarse también los contenidos de I+D en la ejecución del contrato, el volumen del precio del contrato que se destina a desarrollar el producto o servicio, la capacidad de innovación para mejorar la prestación de un servicio público o el ahorro de energía. Deberán apreciarse debidamente los criterios cualitativos sobre los cuantitativos por las especificidades de la compra de innovación.

H) Establecimiento de mejoras

Especial atención merecen las mejoras dado que se emplea frecuentemente para canalizar la actividad innovadora de los licitadores⁶⁵. Son mejoras las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto en el pliego de prescripciones técnicas sin que puedan alterar la naturaleza de las prestaciones o el objeto del contrato. El régimen de mejoras se encuentra previsto en el art. 145.7 LCSP y éstas deberán estar suficientemente especificadas lo que implica fijar de manera ponderada y con concreción los requisitos, límites, modalidades, características y vinculación con el objeto del contrato.

I) Ofertas anormalmente bajas

La Mesa de contratación o el órgano de contratación en su defecto, en el caso de que detecte una oferta anormalmente baja, podrá pedir al licitador información y justificación sobre las condiciones de la oferta que puedan determinar el bajo nivel de precio o costes, en especial, en lo que se refiere a la *innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras*.

J) Condiciones especiales de ejecución

En lo relativo a las condiciones especiales de ejecución el art. 202 LCSP establece que será obligatorio establecer en el pliego de condiciones administrativas al menos una de una serie de condiciones propuestas entre las que se encuentran las relacionadas con la innovación (art. 202.2 LCSP). Estas condiciones también serán exigibles a los subcontratistas (art. 202.4 LCSP).

Para el caso del incumplimiento de estas condiciones podrán establecerse penalidades de conformidad con lo previsto en el art. 202.2 en relación con el 71.2.c), 192 y 211.f) de la referida ley. En este punto Gallego Córcoles considera criticable la regulación en tanto en cuanto la introducción de mecanismos de control y consecuencias del incumplimiento debiera ser preceptiva en todos los pliegos⁶⁶.

K) Subcontratación, modificación de acuerdos marco y mesas especiales

Un buen mecanismo también previsto en la LCSP es la subcontratación, que permite al contratista el concierto con terceros la realización parcial de la prestación con

65. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD, «Guía 2.0 para la compra pública de innovación», op. cit., p. 58.

66. GALLEGO CÓRCOLES, I, «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», op. cit., p. 109.

sujeción a lo previsto por los pliegos. Potenciar la subcontratación especializada con terceros de parte del objeto del contrato que requiera la participación de empresas emprendedoras innovadoras es una buena opción para promoverla⁶⁷. No hay que olvidar tampoco, como ya se ha afirmado, que los subcontratistas están obligados también al cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución señaladas en los pliegos.

Otras referencias destacables a la innovación al encontramos en la modificación de los acuerdos marco dado que los adjudicatarios de un acuerdo marco podrán proponer al órgano de contratación la sustitución de los bienes adjudicados por otros que incorporen avances o innovaciones tecnológicas que mejoren las prestaciones o características de los adjudicados (art. 222) y se prevé el establecimiento de una Mesa especial del diálogo competitivo o del procedimiento de asociación para la innovación con el objeto de *incorporar personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse el diálogo o la asociación para la innovación* (art. 327 LCSP).

V. EL PARADIGMA DE LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN: LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN

1. ¿Es la asociación para la innovación el paradigma de la compra pública de innovación? Una primera aproximación a su concepto y naturaleza jurídica

Se introduce este procedimiento por primera vez a través de la Directiva 2014/24/UE y se encuentra dentro del marco del fomento de la Unión Europea de la innovación. En definitiva, pretende poner a disposición del poder adjudicador una modalidad contractual en virtud de la cual pueda satisfacer sus necesidades relativas a la obtención de productos, servicios u obras que no puedan encontrarse en el mercado.

Hay que tener presente que las respuestas a los nuevos desafíos de este siglo en la medida en que son tan exigentes *desde el punto de vista tecnológico que o bien no existen aún soluciones comercialmente estables en el mercado, o bien las soluciones existentes presentan deficiencias que exigen más I+D*⁶⁸. Por ello el procedimiento de asociación para la innovación, como se irá viendo más adelante, es el paradigma o modelo ideal de la compra pública de innovación. En él, el poder adjudicador y el licitador trabajan y colaboran conjuntamente para el desarrollo de productos, servicios u obras innovadoras para satisfacer las necesidades que no puede cubrir el poder público con la oferta del mercado.

Una primera aproximación a este procedimiento nos la proporcionan el Considerando nº 49 y el art. 31 de la Directiva 2014/24/UE. En el caso de que las soluciones disponibles en el mercado no sean capaces de satisfacer las necesidades de la Administración, se considera necesario que se provea a los poderes adjudicadores de un procedimiento específico que permita *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 siempre que estos se ajusten a un nivel acordado de prestaciones y de costes*, sin ser necesario acu-

67. AYUNTAMIENTO DE BARCELONA, «Guía de compra pública de TIC del Ayuntamiento de Barcelona», p. 29.

68. TARDÍO PATO, J.A., «La asociación para la innovación»: contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia, *Revista española de Derecho Administrativo* (España: Civitas: 2016). [Rescatado de Westlaw].

dir a un procedimiento de contratación independiente para su adquisición. En este procedimiento, expresado de una manera coloquial, proceso innovador y compra de producto innovador van de la mano.

Se ha configurado para que el poder adjudicador dirija un proceso de contratación enfocado a satisfacer una necesidad concreta que revertirá en una mayor eficiencia y sostenibilidad, solventando la rigidez del sistema normativo a la hora de seleccionar adjudicatario del contrato⁶⁹.

En el art. 31.2 de la Directiva 2014/24/UE se indica que tiene por finalidad el desarrollo de productos, servicios y obras innovadores, así como la compra ulterior del resultado siempre y cuando responda a los niveles óptimos de rendimiento y costo máximo acordado entre poder adjudicador y participantes.

En cuanto a su naturaleza cabe afirmar que no hay una visión unánime por la doctrina. Para Gimeno Feliú tiene ciertas semejanzas con el procedimiento negociado pero su función permite afirmar que tiene autonomía y significado propio⁷⁰. Gallego Córcoles, por otra parte, indica que se diferencia del procedimiento negociado en cuanto a su estructura, información que han de contener los pliegos, criterios de reducción de candidatos y los criterios de adjudicación⁷¹. Bernal Blay defiende que por sus similitudes con el procedimiento negociado, este procedimiento sólo puede calificarse como un procedimiento de adjudicación de verdad con dificultad y que de ninguna manera supone un cambio de esencia del procedimiento de licitación con negociación⁷².

En cualquier caso, no parece que este nuevo procedimiento pueda entenderse como un procedimiento ordinario, como pueden ser el abierto, restringido o negociado con publicidad y tampoco como uno extraordinario como el negociado sin publicidad. Podría considerarse como un procedimiento especial, cualificado por algunos trámites que tienen lugar durante la ejecución del contrato más que en la negociación de éste⁷³.

Una vez descrito sus rasgos principales en la normativa comunitaria y las visiones sobre su naturaleza jurídica, a continuación, se estudiará su regulación en la LCSP, dado que se encuentra previsto de forma expresa en los arts. 177 y ss. de dicho cuerpo normativo. La asociación para la innovación, en definitiva, es un procedimiento nuevo, *ad hoc*, autónomo o específico que aunque en algunas ocasiones recuerda a las reglas del procedimiento de licitación con negociación o diálogo competitivo, tiene una funcionalidad propia⁷⁴.

69. VV.AA., «Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública» (España: Wolters Kluwer: 2016), p. 65.

70. GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, (España: Aranzadi Thomson Reuters: 2014), p.48.

71. GALLEGO CÓRCOLES, M. I., «Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública» en «Observatorio de los contratos públicos 2013», coord. Gimeno Feliú J. M. & Bernal Blay, M. A., pp. 213 y ss. en TARDÍO PATO, J.A. «La asociación para la innovación»: contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia, op. cit.

72. BERNAL BLAY, M. A., «The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation» *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, v 9, 1 (2014), p. 10. en TARDÍO PATO, J. A., «La asociación para la innovación» op. cit.

73. VV.AA., *Contratación del Sector Público Local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, op. cit.

74. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público... op. cit., p. 48.

En el Preámbulo de la LCSP ya se hace referencia a que este procedimiento pretende favorecer a las empresas más innovadoras, lo que se pone de manifiesto en su estructura.

Se encuentra dividido en dos estadios. Un primer estadio de investigación y desarrollo y otro de ejecución de obras, servicios o suministros. En el primero, se regirá el contrato por las normas establecidas reglamentariamente, las previstas en los pliegos del contrato y las normas del contrato de servicios de forma supletoria. En el segundo, le serán de aplicación las normas correspondientes al contrato relativo a la prestación de que se trate (art. 117.3 LCSP).

Una vez definidos los citados estadios, también cabe dividirse en cinco momentos diferenciados: a) la fase preparatoria del contrato, b) la convocatoria y selección de los candidatos, c) la negociación con los licitadores, d) la creación de la asociación y d) la adquisición, si procede, del resultado del proceso de investigación. Como no podría ser de otra manera en todas las fases del procedimiento deberá observarse el derecho fundamental a una buena administración.

2. El procedimiento de asociación para la innovación

a) Fase preparatoria e inicio del procedimiento. Especial referencia a las consultas preliminares del mercado y a la redacción de los pliegos

Como antecedente al inicio del expediente preparatorio cabe la posibilidad de efectuar las denominadas consultas preliminares al mercado (art. 115 LCSP). Gracias a estas consultas el órgano de contratación puede obtener asesoramiento para la planificación del proceso de licitación en cuestiones como la disponibilidad en el mercado de productos que satisfagan sus necesidades, la determinación del objeto del contrato o de sus características técnicas. Acudir a estas consultas es especialmente recomendable en aquellas cuestiones de profunda carga innovadora y que requieran una elevada especialización. No es una previsión específica para la asociación para la innovación pero para un procedimiento de sus características resulta especialmente conveniente.

La información obtenida servirá no sólo para organizar adecuadamente el proceso de licitación, sino también para articular la motivación exigida al inicio del expediente preparatorio de la convocatoria de licitación (art. 28, art. 116, art. 177 LCSP). El informe que detalle el resultado de la consulta formará parte del expediente de contratación (art. 115.3 LCSP) y estará motivado. Habrá de ser descrito con claridad y precisión en la asociación para la innovación los requisitos y funcionalidades necesarios que los licitadores han de tratar de cubrir. Dichos requisitos figurarán en los pliegos de condiciones funcionales. También deberá acreditarse el motivo de la elección de este procedimiento y no de otro previsto en la legislación de contratos públicos. Finalmente, deberán determinarse los requisitos mínimos que han de cumplir los licitadores (criterios de solvencia técnica o profesional, económica y financiera), los criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución. Deberá darse prioridad a los criterios de selección relacionados con la investigación (art. 116.4, 177.1 y 178.3 LCSP).

El fijado de todas estas condiciones tendrá reflejo en los pliegos de condiciones administrativas y funcionales. La clave de este procedimiento, de hecho, se en-

cuenta en los pliegos de condiciones administrativas, que son, como ha reiterado siempre la jurisprudencia Ley del Contrato⁷⁵ (por ello una vez adquieren firmeza se dotan de la cualidad de *lex contractus*). Dicha cualidad trae una serie de consecuencias, como su inalterabilidad en fase de adjudicación, la no procedencia de nuevos criterios de adjudicación no contenidos en los pliegos, etc.⁷⁶.

La elaboración de los pliegos de condiciones administrativas particulares es extraordinariamente compleja, en tanto en cuanto se es ajeno al devenir de lo que suceda en las fases de investigación y desarrollo⁷⁷. No será extraño entonces que se prevean en los pliegos condiciones genéricas que requieran de desarrollo posterior al hilo de la suscripción de los contratos individuales de asociación o sus modificaciones⁷⁸. Estas imprecisiones no pueden abrir la puerta a la arbitrariedad y ha de observarse siempre el principio de buena administración. Deberán contar con la información mínima prevista en el art. 177.1 LCSP y además precisar información como la estructura que se quiere establecer, la duración, número máximo de participantes, número de etapas de la fase de investigación, objetivos de cada fase... entre otras muchas condiciones.

Una vez se ha completado el expediente de contratación, deberá dictarse una resolución motivada en virtud de la cual el órgano de contratación lo apruebe y disponga la apertura del procedimiento de adjudicación (art. 117 LCSP). A continuación, podrá publicarse la convocatoria de licitación.

b) Convocatoria del anuncio de licitación y solicitudes de participación

El procedimiento comenzará con la publicación de la convocatoria de licitación a la que los empresarios podrán presentar solicitudes de participación.

En el anuncio de licitación deberá constar información suficiente para permitir a los operadores económicos responder de manera adecuada a través de la solicitud de participación. Es necesario que la información sea transparente, clara y precisa de tal manera que los operadores económicos que pudieran estar interesados en presentar las solicitudes puedan identificar la solución que se requiere y decidir en consonancia con ello si participar o no.

Tras la convocatoria del anuncio, cualquier empresario podrá presentar una solicitud de participación en su respuesta en el plazo mínimo de treinta días a partir del envío del anuncio de licitación si el contrato se encuentra sujeto a regulación armonizada. En otro caso, el plazo no podrá ser inferior a veinte días contados desde su publicación en el perfil del contratante (art. 178.2 LCSP). Deberá atenderse a lo previsto en el art. 135 LCSP con relación al lugar de publicación del anuncio.

75. Así lo han señalado la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª), de 27 de mayo de 2009. RJ 2009/4517 o la STS (Sala 3ª, Sección 7ª), de 17 de octubre de 2000. RJ 2000/8917, entre otras muchas. También encontramos dicha afirmación en las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, como en la RTACRC 219/2016, de 1 de abril.

76. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. Contratación Pública*, (Navarra: Aranzadi, 2012), p. 212-213.

77. VV.AA., *Contratación del Sector Público Local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, op. cit.

78. *Ibidem*.

c) Selección de los candidatos que pasarán a formar parte del procedimiento de negociación

Una vez haya finalizado el plazo para presentar las solicitudes de participación, el órgano de contratación deberá realizar una serie de comprobaciones encaminadas a evaluar la aptitud para contratar de los solicitantes y valorar qué candidatos serán los que podrán formar parte del proceso de negociación.

Para efectuar la selección de candidatos, deberán aplicar criterios objetivos de solvencia relativos a la capacidad de los candidatos en a) la investigación y el desarrollo y b) en la aplicación de soluciones innovadoras (art. 178.3).

A lo largo de todo este estudio se ha hecho referencia al elevado grado de complejidad técnica que tienen aquellas cuestiones relacionadas con la innovación, en especial en la asociación para la innovación. Si para la fase preparatoria se recomendaba acudir a las consultas preliminares al mercado, el art. 327 LCSP señala que se constituirá una Mesa especial con la idea de asistir al órgano de contratación dada la necesidad de conocimientos técnicos y específicos para gestionar un proceso de estas características.

Una vez evaluada la información, el órgano de contratación notificará a los operadores seleccionados una invitación para que confirmen el interés en participar en el procedimiento. Sólo podrán presentar proyectos de investigación e innovación destinados a responder a las necesidades indicadas en el anuncio y en los pliegos quienes hayan sido invitados por el órgano de contratación. El siguiente paso será, consecuencia, presentar los proyectos de investigación y comenzar las negociaciones.

d) Presentación de los proyectos de investigación y desarrollo de las negociaciones

Esta fase tiene grandes similitudes con los procedimientos de adjudicación basados en la negociación promulgados en la Directiva 24/2014/UE (art. 29) y la LCSP (art. 166)⁷⁹. Los candidatos deberán presentar sus proyectos de investigación e innovación que pretendan satisfacer las necesidades señaladas por el órgano de contratación (art. 178.3 y 179.1 LCSP).

Esta fase, extraordinariamente similar a la presentación de ofertas tradicional en la contratación pública se basa en que los licitadores deberán presentar un proyecto inicial que será sometido a negociación de conformidad con lo previsto en los pliegos y a través del cual pretenden responder ante las necesidades que se ha acreditado que no pueden ser satisfechas en el mercado.

En cualquier caso, esta es una fase especialmente compleja para los participantes. En ausencia de un objeto que esté perfectamente determinado (el objeto del contrato va a ser innovador) la oferta inicial que se presente será, inevitablemente, difícil de efectuar con precisión. Por tanto, las ofertas iniciales, los proyectos de investigación, no serán otra cosa que las primeras ideas o propuestas de solución de

79. De tal manera que en el art. 29.2 de la citada Directiva se indica expresamente: *Solo los operadores económicos invitados por el poder adjudicador tras la evaluación por este de la información proporcionada podrán presentar una oferta inicial, que será la base de las negociaciones ulteriores. Los poderes adjudicadores podrán limitar el número de candidatos aptos que hayan de ser invitados a participar en el procedimiento, de conformidad con el artículo 65.*

esa necesidad⁸⁰. En esta fase, *los órganos de contratación negociarán con los candidatos seleccionados las ofertas iniciales y todas las ofertas ulteriores presentadas*, a excepción de la propuesta definitiva (art. 179.3 LCSP), no siendo, en ningún caso, objeto de negociación los requisitos mínimos o los criterios de adjudicación que ya se han determinado en los pliegos. Podrán ir modificándose las ofertas sucesivas con la idea de mejorar su contenido, hasta alcanzar la oferta definitiva, que ya no podrá modificarse y que será la que será evaluada por el órgano de contratación para resolver la adjudicación.

En el desarrollo de estos periodos, se irán excluyendo del proceso proyectos de investigación, mediante la aplicación de los criterios previstos en el pliego de condiciones administrativas particulares y en el anuncio de licitación.

Tanto la Directiva 24/2014/UE (art. 31.4) como la Ley 9/2017, de 8 de noviembre (art. 179.5 y 179.6) establecen previsiones con relación a la igualdad de trato y confidencialidad, que se merecen una especial mención. Durante la negociación, el órgano de contratación deberá velar por la igualdad de trato entre todos los licitadores y no revelar a los demás participantes en la negociación los datos confidenciales comunicados por un candidato o licitador participante sin su acuerdo previo.

e) *Adjudicación de los contratos*

La fase de negociación finaliza con la presentación de los proyectos definitivos. En ese momento, el órgano de contratación evaluará todos y cada uno de ellos y procederá a realizar la adjudicación. Como particularidad en este procedimiento, podrá realizarse la adjudicación a favor de varios operadores, algo fomentado por la Directiva 2014/24/UE. Cuando se adjudica a varios empresarios surge realmente la conocida como asociación para la innovación.

Para llevar a cabo la adjudicación deberá atenderse al criterio de la mejor calidad-precio conforme lo previsto en el art. 145.2 LCSP, en los pliegos (art. 179.2 LCSP) y tomando en consideración más de un criterio de adjudicación. Por este motivo la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios con base en la mejor relación calidad-precio siendo conveniente un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida (art. 145.1 LCSP). La mejor calidad-precio se evaluará conforme a criterios económicos y cualitativos, puede comprobarse, en consecuencia, que se pretende dar más valor en términos relativos a los aspectos técnicos e innovadores más que al precio⁸¹.

Deberá emplearse más de un criterio de adjudicación cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación pueda mejorarse por otras soluciones técnicas y en el caso de que en el contrato sea necesario emplear tecnología especialmente avanzada de ejecución completa (arts. 145.3.b y 145.3.d) LCSP).

80. VV.AA. *Contratación del Sector Público Local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, op. cit., p. 903.

81. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público... op. cit., p. 11.

No hay que olvidar, en este tipo de valoraciones, en especial siendo altamente compleja la valoración del grado de innovación, la presencia de la denominada y conocida como discrecionalidad técnica. Discrecionalidad que ha de ejercerse orientada siempre al interés general y que ha llegado a ser calificada como el caballo de Troya del Derecho administrativo⁸². Es por este motivo por el cual hay que ser especialmente cuidadoso en la observancia del deber de motivación de las resoluciones que se vayan dictando en el seno del procedimiento.

Será en la adjudicación dónde se concreten y fijen los términos definitivos del contrato (art. 148.3 LCSP). Una vez realizada la adjudicación, el paso siguiente será la asociación para la innovación.

f) Formación de la asociación para la innovación y fase de ejecución

La Directiva 24/2014/UE promueve la constitución de la asociación con más de un participante. El art. 180 de la LCSP determina la estructura y su desarrollo. La fase de investigación y desarrollo no deja de ser un ejercicio de preparación que permite a los compradores públicos filtrar los riesgos de la I+D asociados a posibles soluciones alternativas antes de comprometerse a contratar producciones comerciales a gran escala⁸³.

La investigación y desarrollo se estructurará en varias fases de carácter sucesivo que serán coherentes con las etapas del proceso de innovación. Como dinámica de trabajo el órgano de contratación establecerá una serie de objetivos intermedios para los participantes y proveerá el pago de una retribución en plazos adecuados (art. 180.1 LCSP). En esta fase cada miembro de la asociación desarrollará de manera particular y paralela las actividades de investigación encontrándose el órgano de contratación obligado a guardar la confidencialidad de las propuestas (art. 180.2 LCSP).

Hay que matizar que no es necesaria la creación de una asociación entendida como un entramado organizativo específico. Tardío Pato, tras estudiar diversos textos internacionales, señala que en los respectivos idiomas en las transposiciones de las directivas se utilizan términos más cercanos a la «colaboración» que a la «asociación»⁸⁴, con lo que no es necesaria la constitución de un entramado organizativo concreto⁸⁵. Por ello podría haberse empleado el término «colaboración para la innovación» o cualquier otro de carácter análogo. el art. 180 LCSP también nos señala indicaciones en la medida en que prevé que cada empresa desarrollará de manera individual y paralela las actividades de investigación, así como una facultad de reducción del número de socios a través de la reducción de los contratos individuales en el caso de que haya varias empresas participantes.

Dicha resolución no dará lugar a indemnización, lo que no es óbice para la retribución de los trabajos realizados en el caso de que así se prevea en los pliegos. Puede

82. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, V. 1, Tecnos, Madrid (España), 1995, P. 21.

83. VV.AA., *Contratación del Sector Público Local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, op. cit.

84. TARDÍO PATO, J. A., «La asociación para la innovación»: contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia, op. cit.

85. De la misma opinión de Tardío Pato es Gimeno Feliu, quien lo ha puesto de manifiesto en GIMENO FELIU, J. M., «El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública... op. cit., p. 48.

deducirse que la fase de investigación impone una alta presión a los participantes en un régimen de fuerte competencia.

El procedimiento ha de estar configurado de manera coherente con el proceso de investigación concreto y han de hacerse labores de seguimiento en todo su recorrido (art. 182 LCSP), respetando la confidencialidad de los proyectos de investigación. Su configuración, duración y valor de las fases de investigación ha de ser reflejo del grado de innovación de la solución propuesta de las actividades necesarias para su desarrollo. En esta fase es fundamental la adecuada articulación de los pliegos.

g) Adquisición del resultado

Una vez se han finalizado las fases de desarrollo e investigación la siguiente etapa consiste en la adquisición del resultado de la investigación, sometida a unos límites: es imprescindible que se hayan obtenido los niveles de rendimiento y costos acordados con carácter previo, para lo que el órgano de contratación deberá realizar las elaboraciones pertinentes.

Realizado dicho análisis el órgano de contratación deberá resolver lo que proceda en relación con la adquisición de obras, servicios o suministros resultantes del proceso de innovación de conformidad con lo previsto en los pliegos⁸⁶.

No toda asociación para la innovación desembocará necesariamente en la adquisición de los resultados de la investigación, sino que deberá cumplir los estándares acordados (art. 181.1 LCSP). Esto se constituye como una verdadera ventaja ante la compra pública precomercial que facilita la adquisición en el seno del mismo procedimiento del resultado innovador, pero no obliga a ello.

Pueden darse en la adquisición de dichos resultados de la investigación dos escenarios:

- I) Si hay un participante y cumple los requisitos de rendimiento y costos pactados, el órgano de contratación se los comprará.
- II) Si por el contrario, hubiera varios socios el órgano de contratación deberá seleccionar al empresario al que le comprará los resultados de investigación. La selección entre varios empresarios *se realizará sobre la base de los criterios objetivos que se hayan establecido en el pliego* (art. 181.3). La resolución del órgano de contratación que resuelva sobre la adquisición o no de los resultados de la investigación y que decide a que empresarios compran dichos servicios, obras o productos innovadores deberá realizarse de manera motivada

Aquí nos encontramos con una situación compleja, que es la generalidad inevitable prevista en los pliegos por, ya se comentó, la imposibilidad de establecer con elevada precisión todas las condiciones del producto innovador para su adquisición.

86. Que la adquisición de obras, servicios o suministros conlleve la realización de prestaciones sucesivas, el art. 181.3 determina que sólo podrá llevarse a cabo durante un periodo máximo de cuatro años que empezarán a computarse a partir de la recepción de la resolución sobre la adquisición de obras, servicios o suministros resultantes del procedimiento de asociación para la innovación que cumplan los estándares previstos en los pliegos y se hayan seleccionado entre los diferentes empresarios conforme a los criterios objetivos previstos también en aquellos.

Las referencias que podrán incluirse en el momento inicial serán muy genéricas sin perjuicio de que puedan concretarse con posterioridad, a través de una habilitación que prevea el propio pliego o cuando se suscriba el contrato inicial de asociación o cuando se modifiquen sus términos conforme avancen las fases⁸⁷.

Este procedimiento, como ha podido comprobarse y dada su configuración puede calificarse como el paradigma de la compra pública de innovación en la medida en que su primera fase conlleva un proceso investigador en sí mismo. En ella los participantes de la asociación buscan alcanzar soluciones a las necesidades de la Administración que no se encuentran previstas en el mercado mediante la realización de investigaciones en un régimen de competencia.

VI. CONCLUSIÓN: UN NUEVO HORIZONTE PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Los tiempos han cambiado, y el Derecho, por mucho que camine por detrás de la sociedad, no puede obviar las nuevas realidades. Reconocer que la compra pública es un gran mecanismo de promoción para la consecución de objetivos de interés general es un gran paso para uno de los fines últimos del Derecho administrativo: el fomento de la persona y de su dignidad inherente en tanto en cuanto se esta empleando la contratación pública como una estrategia para lograr objetivos y metas de interés general. Esta necesidad de adaptación es más importante aún en los casos de compras públicas de innovación dada la novedad e incertidumbre a la que se enfrenta el poder adjudicador.

No basta con reconocer esta nueva realidad, como es lógico. Es necesario que los textos normativos se adapten a ella y habiliten instrumentos dada la vinculación positiva de la Administración a la ley para permitir a los poderes adjudicadores adquirir compra pública de innovación de manera coherente con su dinámica práctica. Es necesario que los textos normativos aterricen en la vida real y se diseñen mecanismos que promuevan de manera específica la innovación.

Ese papel lo ejercen (o pretenden ejercer) las conocidas como Directivas de cuarta generación destinadas a fomentar e incrementar la compra pública estratégica. Es este sistema de compra pública un magnífico instrumento para promover la búsqueda de nuevas respuestas a los problemas que está planteando este nuevo siglo dentro de las metas europeas, entre ellas las señaladas en la Estrategia Europa 2020. La LCSP española recoge su testigo transponiendo las Directivas comunitarias en materia de contratación.

Dado su carácter de política pública es necesario que se materialice a través de los parámetros del buen gobierno y que se ejecute en pleno respeto del principio de buena administración. Hay que tener en cuenta que la discrecionalidad no implica ni mucho menos arbitrariedad. El riesgo de dicha arbitrariedad es mayor en los procesos innovadores ya que numerosas valoraciones realizadas por la Administración se hayan amparadas por la discrecionalidad técnica sin olvidar la incertidumbre inherente a cualquier proceso de innovación.

87. VV.AA., *Contratación del Sector Público Local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, op. cit., p. 909.

Es fundamental el papel de la buena administración en todas y cada una de las fases del proceso de contratación, siendo destacable su importancia en momentos como la preparación de los pliegos (en tanto en cuanto se está asentando la *lex contractus*) o las fases de adjudicación y ejecución de tal manera que haya siempre una relación entre las partes encaminada al servicio objetivo del interés general.

Se recogen una serie de modalidades de este tipo de compra pública en la LCSP y que viene en definitiva de la normativa comunitaria: la compra pública precomercial y la compra pública de tecnología innovadora. Esta última se materializa a través de los procedimientos de adjudicación que se encuentran previstos en la LCSP. Dicho cuerpo normativo también recoge un procedimiento que ya se encontraba regulado en la Directiva 2014/24/UE, la asociación para la innovación.

Estos no son los únicos guiños que efectúa la LCSP en relación con la innovación, dado que hay una serie de manifestaciones concretas que buscan promoverla. No olvidemos que es fundamental una flexibilización de la normativa tradicional para adaptar la contratación pública a la adquisición de bienes, obras o servicios de carácter innovador. Es necesaria la habilitación de disposiciones normativas que faciliten la innovación, ejemplo de ello son la inclusión de criterios de adjudicación relacionados con la innovación o elementos de innovación en las condiciones especiales de ejecución. Importante papel desempeña aquí la proliferación del *soft law* tanto comunitario y español que proporciona asistencia y criterios orientadores la actividad del poder adjudicador, sobre todo en materias como inclusión de cláusulas sociales, medioambientales o de innovación, esquemas nuevos en la contratación pública.

Especial protagonismo debería tener el procedimiento de asociación para la innovación en la compra pública de innovación. Este procedimiento de adjudicación, de naturaleza jurídica todavía debatida, está previsto para el desarrollo de bienes, obras o servicios que no se encuentran disponibles en el mercado. Lo encontramos recogido tanto en la Directiva 2014/24/UE como en la LCSP y se entiende como paradigma de la compra de innovación en la medida en que incluye dos fases: una de investigación y desarrollo del producto y otra de compra del resultado de la investigación en el caso de que cumpla los estándares previstos. Como puede comprobarse, incluye una fase de investigación y desarrollo en la que los participantes y la Administración van *–lato sensu–* de la mano para alcanzar la solución innovadora.

Es el procedimiento promotor de la innovación por excelencia, lástima que todavía no se utilice demasiado, probablemente, por las incertidumbres sobre su llevanza a la práctica por parte de los operadores jurídicos.

La fase de investigación y desarrollo de este procedimiento ha de configurarse de una manera adecuada y coherente con el proceso de innovación, de tal manera que sea un camino natural al desarrollo del resultado innovador que cubra las necesidades de la Administración y que se persigue. Para ello es fundamental una relación fluida entre licitadores y participantes y poder adjudicador de tal manera que se trabaje de manera dinámica con los proyectos de investigación antes de la adjudicación y en el proceso de investigación y desarrollo, en especial, en las labores de seguimiento de la Administración.

Para poner fin estas líneas cabe recalcar que es fundamental resaltar el importante papel que ejerce la compra pública estratégica como nuevo sistema de contratos del sector público. Yendo más allá de la compra de innovación no hay que olvidar que la contratación pública se enfoca y ha de enfocar, hoy día, a la consecución de

objetivos de interés general. Esos objetivos de interés general son medioambientales, sociales, de inclusión, de eficiencia, de progreso entre muchos otros. Los referidos objetivos resumen, como no podría ser de otra manera, muchos de los valores y principios de la Unión Europea que a su vez se plasman en la Estrategia Europea 2020 y en los textos normativos. En este panorama el Ordenamiento jurídico no puede quedar ajeno a ello, y por supuesto, no debe olvidarse de su aplicación. Por ello la Administración ha de promover la innovación dado que es un auténtico mecanismo de desarrollo, de incremento de la eficiencia y, en suma, de fortaleza del bien común gracias al cual se dan nuevas respuestas a viejos y no tan viejos problemas que afectan a la sociedad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AYUNTAMIENTO DE MADRID, «Guía de contratación pública de innovación del ayuntamiento de Madrid).
- BERNAL BLAY, M. A., «The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation» *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, v 9, 1 (2014), p. 10., en TARDÍO PATO, J.A., «La asociación para la innovación»: contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia, *Revista española de Derecho Administrativo*, 181 (2016). [Rescatado de Westlaw].
- CASSAGNE, J. C., *Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo)*, Reus, Madrid (España), 2016.
- CERRILLO I MARTINEZ, A., *El principio de integridad en la contratación pública*. Aranzadi, Pamplona (España), 2014.
- CERRILLO I MARTINEZ, A., *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, INAP, Madrid (España), 2005.
- CERQUEIRA GOMES, P. «The innovatibe innovation partnerships under the 2014 public procurement directive» *Public Procurement Law Review*,
- CHAVES, J. R., «Principio de buena administración: nuevo paradigma de control de la discrecionalidad», 2016, disponible en: <https://delajusticia.com/2016/06/07/principio-de-buena-administracion-nuevo-paradigma-de-control-de-la-discrecionalidad/> [Fecha última consulta: 19 de mayo de 2015].
- COMISIÓN EUROPEA, «Guía práctica sobre cómo evitar los errores más comunes en la contratación pública de proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos» (Luxemburgo, 2015).
- CUESTA CALLEJA, H., «Las variantes y mejoras en la contratación del sector público», *Anuario Aragonés del Gobierno Local* (Aragón: 2016).
- DELPIAZZO, C., «La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados», *Revista de Derecho. Segunda época*, año 9, nº 10 (2014).
- DEL VECCHIO, G., *Los principios generales del Derecho*, Bosch, Barcelona (España), 1971.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., «Principio de eficacia y Estado subsidiario», en AAVV, *Liber Amicorum Discipulorumque Cagnoni*, Fundación Cultura Universitaria (Montevideo).

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid (España), 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, V. 1, Tecnos, Madrid (España), 1995.
- GALLEGO CÓRCOLES, M. I., «Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública» en «Observatorio de los contratos públicos 2013», coord. Gimeno Feliú J. M. & Bernal Blay, M. A., pp. 213 y ss., en Tardío Pato.
- GIMENO FELIU, J.M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española* (Madrid: Civitas: 2006), p. 15-21. Disponible en: http://www.unizar.es/gimenof/gimenof/INVESTIGACION_files/07%20Gimeno%20Feliu%20.pdf (Recuperado el 1 de septiembre de 2018).
- GIMENO FELIU, J. M., «El necesario big-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control» *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, 2 (2016).
- GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Aranzadi Thomson Reuters, España (2014).
- GIMENO FELIU, J. M., «Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites» *Anuario del Gobierno Local* (España: 2017), p. 242 y 243.
- GIMENO FELIU, J. M., «La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación». *Ius Publicum Network Review*, (España, 2018), p. 6. Disponible en: http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/05_03_2018_15_54-La-contratacin-pblica-como-estrategia_Ius_Publicum_I_2018.pdf (Recuperado el 1 de octubre de 2018).
- GALLEGO CÓRCOLES, I., «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *Documentación Administrativa Nueva Época* (España: 2017),).
- GOIZUETA, J., «Lo que aún no sabemos de la contratación pública en España» artículo publicado en «El Confidencial» (14/04/2018). Disponible en: https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2018-04-12/contratacion-publica-espana_1548397/ (Recuperado el 4 de agosto de 2018)
- GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. Contratación Pública*, Aranzadi, Navarra (España), 2012.
- HERCE MAZA, J. I., «La interpretación de las normas: Francisco Suárez y los límites del silogismo», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 10 (2017).
- HERNANDO RYDINGS, M., «La nueva regulación de los procedimientos de adjudicación», en AA.VV, *La nueva ley de contratos del sector público, curso de actualización: especial referencia a la contratación de las entidades locales* (coord. DÍEZ SASTRE, S.), Iuris Utilitas, A Coruña (España), 2018.
- HERNANDO RYDINGS, M., «El fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación a través de las compras públicas», *Revista Española de Derecho Ad-*

- ministrativo* (Civitas: Pamplona: 2015), obtenido en «Aranzadi Instituciones» BIB 2015/16799.
- JORDANA DE POZAS, L., «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo», *Revista de estudios políticos*, 48 (1949).
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel Derecho, Madrid (España), 2002.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., «Guía europea para autoridades públicas sobre la contratación pública de innovación y su aplicación a las entidades locales», *El consultor de los ayuntamientos*, nº 19 (2015).
- MORENO MOLINA, J. A., «Principios Generales de la Contratación Pública en el Reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina» *Revista Derecho & Sociedad*, 44 (2015).
- MILLÁN MORO, L., «Aplicabilidad directa y efecto directo en Derecho Comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia» *Revista de Instituciones Europeas* (1), 1984.
- MEILÁN GIL, J. L., «La buena administración como institución jurídica» *Revista Andaluza de Administración Pública*, 87 (2013).
- MEILÁN GIL, J. L., «El paradigma de la buena administración», *Anuario Da Faculdade de Dereito da Universidade Da Coruña*, 17 (2013).
- MEILAN GIL, J. L., «Una construcción jurídica de la buena administración» *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 54 (2013).
- MEILÁN GIL, J. L., «El contrato público como unidad» *Actas del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo 2017*, consultado en: https://foroida.org/wp-content/uploads/2017/06/Libro_FIDA_2017.pdf [Fecha última consulta: 1 de junio de 2018].
- MORENO MOLINA, J. A., «La construcción jurisprudencial europea de la teoría de los principios generales de la contratación pública y su plasmación posterior en la legislación de la Unión Europea», *Revista General de Derecho Administrativo*, 19 (2018).
- MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD. «Guía 2.0 para la compra pública de innovación» (2015), disponible en: http://www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Innovacion/FICHEROS/Guia_2_0_CPI_V5_Borrador_web.pdf [Fecha de última consulta: 10 de mayo de 2018].
- MILLÁN MORO, L., «Aplicabilidad directa y efecto directo en Derecho Comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia» *Revista de Instituciones Europeas* (Madrid: CEPC: 1984).
- MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD, «Guía 2.0 para la compra pública de innovación» (2015), disponible en: http://www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Innovacion/FICHEROS/Guia_2_0_CPI_V5_Borrador_web.pdf [Fecha de última consulta: 10 de mayo de 2018], p. 4.
- OBSERVATORIO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, «Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición

- sin la nueva ley de contratos del sector público», marzo de 2016, consultado en: http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_Documento_final_ESTUDIO_aplicacion_directa_de_las_Directivas_b43ec509%232E%23pdf/chk.a1819767e7f5371f26dd16ff0f1edcf3 [Fecha última consulta: 20 de mayo de 2018].
- OLLERO, A., *El Derecho en Teoría*, Aranzadi, Pamplona (España), 2007.
- PADILLA RUIZ, P., «La buena administración como fundamento de actuación del empleado público», *Revista Vasca de Administración Pública*, 108 (2017).
- PEÑATE VALENTÍN, M.C. & SÁNCHEZ CARREIRA, M.C., «El papel de la regulación en la compra pública innovadora: relevancia y limitaciones», *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, (Galicia: 2015).
- PERNAS GARCÍA, J. J., «*Contratación Pública Estratégica*», (España: Aranzadi: 2013).
- PONCE SOLÉ, J., «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración» *Revista Española de Derecho Administrativo*, 175 (2016).
- RASTROLLO SUÁREZ, J. J., «Proyección del derecho a una buena administración en el derecho europeo de contratos públicos: hacia la «buena contratación»», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 7 (2014).
- RECASENS SICHES, L., *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, Mexico (Mexico), 1956.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. & SENDÍN GARCÍA, M. A., *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*, Comares, Granada (España), 2014.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., «La contratación del sector público como política pública», en AA.VV. (Dir. J. José Pernas García), *Contratación pública estratégica* (Navarra: Aranzadi: 2013).
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *El derecho a una buena administración para los ciudadanos: un modelo global de Administración*. INAP, Madrid (España), 2013.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*. Global Law Press Editorial Global, Sevilla (España), 2015.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., «La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa», *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 6 (2013).
- Procurement of Innovation Platform, *Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación*, p. 6, disponible en <https://www.innovation-procurement.org/fileadmin/editor-content/Guides/PPI-Platform-Guide-ES-final-lowres.pdf> [Fecha última consulta: 1 de junio de 2018].
- TARDÍO PATO, J. A., «La asociación para la innovación»: contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia, *Revista española de Derecho Administrativo*, 181 (2016). [Rescatado de Westlaw].
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «El impulso de la compra pública para la innovación (CPI) a través de las distintas modalidades de contratación conjunta: análisis de casos» en VV.AA, *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del*

- sector público, un análisis jurídico y económico* (coord. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.), Aranzadi, (España), 2016.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación (1)», *Contratación Administrativa Práctica*, 153 (Enero-Febrero de 2018).
- VILLAREJO GALENDE, H. & CALONGE VELÁZQUEZ, «Las principales novedades de la nueva ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público», *Revista Jurídica de Castilla y León* (España, Castilla y León, 2018).
- VIÑUALES FERREIRO, S., «La constitucionalización del derecho a una buena administración en la Unión Europea: ¿nuevas garantías para la protección de los derechos en el procedimiento administrativo? *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 28 (2015).
- VV.AA., *La técnica normativa: una necesidad para la realización de la Justicia*, (coord. RODRÍGUEZ-ARANA, J., GARCÍA MEXIA, P., HERNANDO MÁSDEU, J. CEU Ediciones, Madrid (España, 2010).
- VV.AA., «Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública», Wolters Kluwer, (España), 2016.
- VV.AA., *La ley de contratos del sector público: aspectos novedosos*, (coords. MESTRE DELGADO, J. F., MANENT ALONSO, L., TENHAEFF LACKSCHEWITZ, S.), Tirant lo Blanch, Valencia (España), 2018.
- VV.AA., *Comentarios a la ley de contratos del sector público*, (dir. PALOMAR OLMEDA, A., GARCÉS SANAGUSTÍN, M., VAZQUEZ GARRAZO, J.), Wolters Kluwer, Madrid (España), 2018.
- VV.AA., *Contratación del Sector Público Local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, (Coords. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., & BOCOS REDONDO, P. Wolters Kluwer, Madrid (España), 2018.
- XUNTA DE GALICIA, «Guía de buenas prácticas para favorecer la Contratación Pública de Innovación en Galicia».