



INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY DE ARAGON DE USO
ESTRATEGICO DE LA CONTRATACION PUBLICA.
ESPECIAL REFERENCIA A LA CONTRATACION EN EL AMBITO
DE LA INVESTIGACION E INNOVACION

21 de diciembre de 2021

(Informe elaborado por José María Gimeno Feliu. Co-Director Observatorio de Contratación Pública)

I. PRESENTACION

El Observatorio de Contratación Pública (www.obcp.es), con sede en la Universidad de Zaragoza, es un lugar de encuentro desde el que acceder a la información relevante sobre la materia y un espacio para la reflexión y el análisis de los expertos, con el fin de ayudar en la gestión práctica de la contratación pública y de elaborar propuestas de mejora de la actividad contractual del sector público, para posteriormente hacerlas llegar a los responsables políticos de su efectiva implantación.

Desde ese objetivo, [durante los 10 años de funcionamiento](#) viene, desde la máxima independencia, opinando, aportando documentación y participando activamente en los procedimientos normativos relativos a la contratación pública.

II. IDEAS GENERALES SOBRE LA FUNCION ESTRATEGICA DE LA CONTRATACION PÚBLICA

La actualidad -pandemia y fondos europeos *Next Generation*- han puesto de relieve la visión estratégica de la compra pública, tanto por cuanto nos ha permitido ver las debilidades – falta de planificación y anticipación, excesiva burocracia, falta de capacitación, etc.- como por sus fortalezas para servir de escudo jurídico para proteger derechos económicos y sociales. Asimismo, la globalización ha impactado también en los principios regulatorios de la contratación pública, donde se aprecia cada vez una mayor uniformidad de las soluciones jurídicas y donde la Agenda 2030 de Naciones Unidas tiene especial importancia. La necesidad de reactivar un nuevo modelo económico (utilizando el contrato público) que [atienda a la lógica de los objetivos ODS, debe ser una](#)

oportunidad para avanzar hacia un nuevo modelo productivo más sostenible y más “inteligente”. Corresponde a los poderes públicos liderar la nueva “cultura verde” que permita, desde la planificación, un nuevo escenario económico y social respetuoso con el medio ambiente. Los ODS son la oportunidad para relanzar este nuevo modelo de servicios públicos inteligentes y “circulares”, que integren lo social, lo ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva.

En esta línea de repensar la contratación pública desde una perspectiva estratégica posiciona claramente, por cierto, el Consejo de la Unión Europea, en el documento “Conclusiones del Consejo: Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente” (2020/C 412I/01), donde, tras hacer una prospectiva de la contratación pública insiste en la necesidad de su función estratégica. En este documento se indica que “Hay que **reforzar la economía europea** y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados **sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos** y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública”. (negrita nuestra). Y para ello se PIDE a la Comisión y a los Estados miembros *que cooperen en la elaboración de directrices y criterios por medio de una metodología común para ayudar al sector público a aprovisionarse a través de cadenas de suministro transparentes, fiables, flexibles y diversificadas con el objetivo de reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son fundamentales para el*

*funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública. Y se PIDE también a los Estados miembros **que elaboren políticas y estrategias de compra integrales que, en particular, deben centrarse en sectores en los que la demanda pública tiene un impacto significativo, como los medicamentos, los productos sanitarios o las tecnologías de la información, teniendo asimismo en cuenta aspectos relativos a la resiliencia, la gestión de riesgos y la seguridad del suministro.** (negrita nuestra).*

En este nuevo contexto hay importantes retos y desafíos donde hay que articular nuevas soluciones que permitan una correcta aplicación de los distintos principios jurídicos aplicables que deben ser debidamente alineados desde la perspectiva del principal bien jurídico a proteger. Por ello, estrategia y una eficiencia administrativa no unidimensional (que atiendan a la idea de valor y no de mero gasto) deben prevalecer sobre una cruda consideración del precio único como factor determinante en la compra pública.

Contratación pública estratégica que no debe ser una mera opción sino que debe alinearse con la finalidad de **consolidar una compra pública responsable, como, en el citado contexto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, se reivindica en la denominada Carta de Zaragoza***, donde se indica que en el papel de liderazgo en materia de sostenibilidad social y ambiental, el sector público ejerce, mediante este instrumento del contrato público, de motor necesario para vincular el

* Firmada el 10 de noviembre de 2021 puede consultarse su contenido y adhesiones en: <http://www.obcp.es/index.php/noticias/carta-de-zaragoza-manifiesto-por-una-compra-publica-responsable>

rendimiento económico con el compromiso social y la dirección ética de las empresas, poniendo en valor la gestión empresarial con propósito (así se ha venido destacando, también, por el Foro de Compra Pública Responsable)[†]. Para ello hay que superar interpretaciones rígidas y un tanto descontextualizadas para, por ejemplo, [integrar como regla general en las cláusulas de los contratos públicos requisitos que contemplen aspectos sociales y medioambientales, superando una estricta vinculación directa al objeto del contrato para combatir la precarización, deslocalización o falseamiento de la competencia, sin incurrir en discriminación. Igualmente, medidas para facilitar la participación de las pymes en la contratación pública y promover la innovación.](#) Todo ello con una total garantía de integridad salvaguardada por la transparencia y la competencia.

III. BREVES OBSERVACIONES AL ANTEPROYECTO DE LEY DE ARAGON DE USO ESTRATÉGICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El 2 de diciembre de 2021 se sometía a [información pública el Anteproyecto de Ley de Uso estratégico de la contratación pública de Aragón](#).

La tramitación de una Ley de uso estratégico de la contratación pública es, sin duda, una oportunidad para configurar un nuevo modelo de la contratación pública que pivote sobre la visión estratégica para poner el acento

[†] La Comisión europea publicó el 20 de mayo de 2021 la Comunicación COM(2021) 245 final, referida a su informe «Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior». En el Informe se concluye que *"resulta fundamental aplicar de manera más estricta las consideraciones de la contratación pública estratégica a fin de contribuir a una recuperación integradora, promover una transición justa y fortalecer la resiliencia socioeconómica, en consonancia con el Pacto Verde Europeo como nueva estrategia de crecimiento para la UE"*. El 18 de junio de 2021 se publicó la guía de la Comisión «Adquisiciones sociales — Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas — 2.a edición» (2021/C 237/01), en la que se incide en que *"Con el fin de plantar cara a los retos sociales, las autoridades públicas deben redoblar sus esfuerzos para obtener buenos resultados en todos los aspectos de la sostenibilidad (sociales y éticos, medioambientales y económicos)"*

en una mayor transparencia, la mejor eficiencia poniendo en valor la idea calidad/precio.

Desde esta lógica, el texto en tramitación es, sin duda, de indudable interés político (y no meramente técnico) si bien su extensión y sistemática (junto con las dudas de correcta “conexión” con el ordenamiento estatal vigente) **se aleja del conocido principio *better and smart regulation*, que aspira a una mejor y más inteligente regulación y actuación pública tal y como se promueve en la Ley de simplificación administrativa de Aragón de 2021. Se trata de una norma muy extensa (143 artículos y 12 Disposiciones Adicionales) con una Disposición Derogatoria confusa pues genera dudas sobre materias que no se regulan (como sucede con la previsión al arbitraje, que debería incluirse en el texto). Así, parece adecuado ajustar el contenido de la norma a las cuestiones de contratación pública estratégica, aclarando bien su concreta aplicación. Las cuestiones de integridad y gobernanza bien podrían incluirse en la Ley de Integridad y Ética pública en Aragón.**

Sobre el contenido del mismo, sin detalle exhaustivo, se le pueden realizar las siguientes **OBSERVACIONES DE FONDO**.

- 1) Sorprende en una norma de finalidad estratégica **la ausencia de referencia a los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) de la Agenda 2020 de Naciones Unidas y su implicación práctica, así como una incorrecta extensión a todo el sector público, cuando debería delimitarse a los entes con consideración de poder adjudicador.**
- 2) Por otra parte, la norma, en sus objetivos, **no parece tener en cuenta la “singular” planta organizativa en Aragón,** con poderes adjudicadores de muy pequeño tamaño donde resultará imposible cumplir la función estratégica y donde (salvo que se limite el objeto de esta norma a la administración autonómica), se requiere **una nueva respuesta organizativa** a través, por ejemplo, de fórmulas de compra

conjunta o de cooperación mediante centrales de compras que deberían ser objeto de desarrollo en una norma de uso estratégico del contrato público. En prestaciones complejas (como la adquisición de energía o de servicios *cloud computing*) esta opción resulta imprescindible.

- 3) Sin entrar en valoración detallada, hay que recordar que el Tribunal Constitucional ha delimitado [el alcance competencial en la sentencia 68/2021, de la que se infiere ciertos límites que parecen rebasarse con la normativa propuesta[‡]](#). En especial en [lo relativo a capacidad de licitadores \(llamativa la regulación de prohibiciones\), los procedimientos de adjudicación o el modelo de recurso especial \(se excede al alterar la regla de no elegibilidad de los miembros cumplido el mandato, lo que puede cuestionar la nota de independencia\), que, en aras a la seguridad jurídica, deberían ser depurados, y ciertos preceptos, eliminados. Muy especialmente parece incorrecta la regulación que sobre “innovación” contiene el Anteproyecto, regulando cuestiones mercantiles de las que se carece claramente de competencia \(las posibles soluciones singulares deberían ser parte del articulado de la Ley de Ciencia de Aragón\)](#). Por el contrario, convendría, desde la óptica de una interpretación eficaz de la simplificación aclarar que la exigencia del artículo 159.6 LCSP no exige la inscripción en el ROLECE (criterio ya aplicado por otras Comunidades Autónomas) y que los pliegos tendrán unas exigencias mínimas con un trámite rápido de fiscalización en tanto se apliquen

[‡] En concreto resulta de interés el trabajo de J.M. PEREZ FERNANDEZ, [“La cuestión competencial en el ámbito de la contratación del sector público](#): la delimitación de lo básico en la doctrina constitucional (STC 68/2021, de 18 de marzo), Revista de Administración Pública núm. 219, 2021, pp. 189-221.

criterios y condiciones tipo, previamente informadas y validadas, para su utilización general.

- 4) Por otra parte hay que advertir igualmente que **la estructura formal del texto presentado diluye esta visión estratégica, hasta el punto de que prevalece la visión organizativa sobre la del propio uso estratégico.**

Posiblemente menos capítulos y con una mayor relevancia de los preceptos vinculados con el uso estratégico puede ayudar a cumplir con el objetivo de la norma proyectada donde puede apreciarse una notable sobrerregulación[§]. Por otra parte, **conviene definir el concepto del principio de integridad** (reconocido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y que forma parte del derecho a una buena administración que se garantiza en el artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea). Y por integridad habrá que entender “*el uso de los fondos, los recursos, los activos y las autorizaciones es conforme a los objetivos oficiales inicialmente establecidos, y a que de dicho uso se informa adecuadamente, que es conforme al interés público y que está debidamente armonizado con los principios generales del buen gobierno*” (Recomendación del Consejo OCDE sobre contratación pública [C (2015)2]).

[§] Sobre la sobrerregulación en la contratación pública viene advirtiendo doctrina científica cualificada: J. TEJEDOR BIELSA, *La contratación pública en España ¿sobrerregulación o estrategia?*, Civitas, Cizur Menor, 2018. *Ibidem*, “*Ambito subjetivo, organización administrativa y gobernanza en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*”, libro col. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. XVIII, *La Ley de Contratos del Sector Público*, 2018, pp. 59-90; T. CANO CAMPOS, al considerar a la LCSP una muestra de volatilidad, complejidad y falta de sistematicidad que caracteriza a la legislación administrativa de nuestro tiempo. “La nueva Ley de Contratos del Sector Público y las patologías del legislador: perspectiva general y principales novedades”, Cuadernos de Derecho Local núm. 48, 2018, pp. 12-67 y J. BAÑO LEON, “La Ley de Contratos del Sector Público y gestión de lo público. ¿Regulación o sobrerregulación?”, libro col. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. XVIII, *La Ley de Contratos del Sector Público*, 2018, pp. 11-20.

- 5) Nada se dice en relación al ámbito objetivo de aplicación, cuando existen claras dudas interpretativas sobre cuando existe un “auténtico” contrato público. Ejemplo claro lo es la propiedad incorporal, la opción de cooperación horizontal, la contratación de innovación o la adquisición de medicamentos por la red hospitalaria pública (en especial los que cuentan con patente). Esta ausencia de aclaración conceptual puede poner en riesgo la función estratégica de la norma, muy especialmente en el ámbito de la investigación y la innovación. Por ello, en el apartado IV de este Informe se realiza una propuesta concreta de regulación.
- 6) Asimismo, y pese a que ya se realizó esta Observación con el Anteproyecto presentado en 2018, resulta muy llamativa la ausencia de una clara referencia al valor de la calidad como nuevo paradigma de la contratación pública**. La justificación de esta nueva visión de la contratación pública obliga a repensar la política de contratación pública, que debe atender a la correcta satisfacción de la necesidad que se pretende cumplir vía contrato público y donde, lógicamente, la mejor calidad debe ser un principio irrenunciable de la decisión a adoptar. Es más, conforma un elemento de lo que sería la correcta aplicación del principio de buena administración (por todas STJUE 28 de febrero de 2018, *Vakakis kai Synergates*, que lo vincula a la diligencia). Difícilmente se puede considerar una decisión contractual como correcta desde la perspectiva de la buena administración cuando no se han tenido en cuenta los aspectos cualitativos de la prestación y el contrato. La calidad en la prestación aconseja también

** Por todos las reflexiones de J. GONZALEZ GARCIA, [“Calidad en la contratación pública”](#), en su blog Global Politics and law. Septiembre 2021

estudiar la conveniencia de nuevos sistemas de retribución de los contratistas, como incentivos a una mejor ejecución. Así, por ejemplo, el sistema de retribución vinculado, en el ámbito sanitario al criterio de *Value-Based Health Care* (medir correctamente las cosas correctas), que supone abandonar el pago por Volumen o procedimiento (*fee-for-service*) por el modelo del “pago en salud por resultado conseguido”, puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles.

- 7) En relación a la gobernanza se quiere advertir que no queda bien resuelta las competencias y funciones de los distintos órganos intervinientes. Y **sobre la arquitectura del recurso especial se considera necesario reiterar la observación realizada en 2018 con el fin de evitar una fragmentación indebida del control debida a la proliferación de órganos de control.** Cuestión advertida por las instituciones europeas en el *Informe sobre España 2018* (con un examen exhaustivo en lo que respecta a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos^{††}) al afirmar que “*la creación de numerosos tribunales administrativos de contratación pública de carácter descentralizado podría mermar la eficacia del actual sistema de recursos*”. Conviene prestar especial atención a la advertencia realizada por las Instituciones europeas sobre la importancia de evitar la proliferación de órganos de recursos contractuales. Máxime cuando la experiencia práctica de la “primera generación” de tribunales administrativos ha sido muy bien valorada por las Instituciones

^{††} COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL BANCO CENTRAL EUROPEO Y AL EUROGRUPO Semestre Europeo 2018: Evaluación de los avances en lo que respecta a las reformas estructurales y la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, y resultados de los exámenes exhaustivos conforme al Reglamento (UE) n.º 1176/2011 (SWD/2018/0207 final)

europas, que entienden que un buen sistema administrativo de control preventivo e independiente es la mejor inversión en la gestión de la contratación pública^{##}. Por ello, para prevenir el riesgo advertido por Europa, habría que **repensar y cerrar el modelo de planta de los órganos de recursos contractuales**, pues la posibilidad de muchos tribunales administrativos -de ámbito local o de carácter *ad hoc* para los órganos constitucionales- genera una evidente asimetría, poco compatible con el principio de seguridad jurídica y que pone en riesgo el modelo, y que no se puede justificar con el argumento de la autonomía local, ya que no puede confundirse el control jurídico con una función de tutela. Frente a la extensión de órganos de control en distintos niveles resulta más aconsejable determinar de forma clara el número de órganos de recursos contractuales, que garantizando en todo caso la nota de independencia y especialización y la debida

^{##} El Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la eficacia de la Directiva 89/665/CEE y la Directiva 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE (Directivas de recursos en adelante), en cuanto a los procedimientos de recurso en el ámbito de la contratación pública publicado el pasado 24 de enero recoge la evaluación de los resultados de la aplicación de las citadas Directivas y en concreto si se consideran adecuadas a los objetivos propuestos atendiendo a si minimizan las cargas y los costes asociados y maximizan la posible simplificación de los procedimientos. Desde el punto de vista de la eficiencia, las Directivas sobre procedimientos de recurso proporcionan beneficios globales en consonancia con los efectos esperados, tanto directos como indirectos muy superiores a los costes que supone presentar y defender un procedimiento de recurso para los proveedores y las autoridades contratantes representando por lo general entre el 0,4 % y el 0,6 % del valor del contrato. Sin embargo, la Comisión entiende que los costes no se reducirían a cero si las Directivas sobre procedimientos de recurso fueran revocadas. Por el contrario, serían incluso mayores, debido a las diferencias nacionales en la normativa sobre revisión y recursos y a la falta de armonización a escala de la UE, dando lugar a un contexto más farragoso para licitadores y otras partes interesadas. Y añade el informe que en la evaluación de la legislación en materia de contratación pública de la UE que se publicó en el año 2011 se estimó, en general, que el ahorro del 5 % conseguido en los 420 000 millones de euros en contratos públicos que se publicaron a escala de la UE se traducirían en un ahorro o una mayor inversión pública por un importe superior a 20 000 millones de euros al año. La aplicación efectiva de las Directivas sobre procedimientos de recurso puede, por tanto, aumentar la probabilidad de que se consiga un ahorro similar al estimado procedente de las Directivas sobre contratación pública.

colegialidad (en todo caso resulta obligado el control del cumplimiento de los requisitos para su designación). Se propone, por ello, **analizar las ventajas de resituar a los órganos de recursos contractuales como órganos independientes “adscritos” al Parlamento correspondiente**. Se solucionaría así el cuestionamiento sobre la adscripción organizativa a una Administración Pública (y la posible “tutela administrativa” como sospecha), se fortalecería el carácter de órgano jurisdiccional a efectos del artículo 237 TFUE y racionalizaría la planta de estos órganos de control, al permitir un control que englobase toda la actividad contractual pública de cualquier poder adjudicador (es decir, se unificaría el control por los órganos de recursos contractuales para la actividad de licitación de todos los poderes adjudicadores con independencia de su naturaleza parlamentaria o local). Se reforzaría, en definitiva, la percepción de independencia, y permitiría reorientar la función del control externo hacia un rol más ejecutivo y también completo.

- 8) Convendría incluir regulación sobre las posibilidades del *big data* para avanzar una nueva cultura de contratos públicos transparentes que permita detectar debilidades y mejorar la práctica de la contratación pública. **La cultura de la rendición de cuentas de la contratación pública se vincula a la idea de una “contratación abierta”** que se define como una contratación transparente en todo tipo de contrato y en todas sus fases, con especial interés en los rendimientos del contrato y que tiene por destinatario a todos los ciudadanos. La Guía sobre Gobierno Abierto, elaborada en 2013 por el Instituto del Banco Mundial para la asociación internacional *Open Contracting Partnership*, contiene pautas para lograr un sistema de Contratación Abierta, que ha de garantizar procesos de contratación transparentes

y justos y crear mecanismo activos de participación ciudadana y «reparación» de la contratación pública^{ss}.

- 9) Como elementos no regulado conviene, al igual que ha optado la Comunidad Autónoma de Baleares (Ley 2/2020), o recientemente la Ley Foral 2/2018 de Contratos Públicos de Navarra, simplificar la adquisición pública de medicamentos al margen del procedimiento establecido por la LCSP. **La compra de medicamentos no encaja fácilmente con los contornos de un contrato público de suministros**, pues la causa de la adquisición se aleja de los principios regulatorios inherentes a la contratación pública, y donde forzar una inadecuada tensión competitiva puede traducirse en una peor calidad asistencial, al limitarse la oferta terapéutica, que es (y debe ser) el principio rector en la toma de decisiones pues prima en todo caso el fin de la mejor asistencia a los pacientes^{***}. Con la finalidad de preservar la mejor relación entre eficiencia y adecuada gestión sanitaria sería posible diseñar un sistema de adquisición de medicamentos donde no se licite, al existir ya un precio determinado mediante un procedimiento administrativo, negociado entre Administración y laboratorio farmacéutico, e incluso en algunos casos acuerdos de riesgo compartido o techo de gasto incorporados al mismo, regulando por tanto las condiciones de dicha adquisición, que se aplicarán a las adquisiciones por la entidades integradas en el Sistema Nacional de Salud que constituyan poder adjudicador. Acuerdo de adquisición donde, lógicamente, serán de aplicación, en tanto decisión pública,

^{ss} Consultar la Guía sobre Gobierno Abierto (<http://www.opengovguide.com>).

^{***} Ver el Informe Especial "[Retos y desafíos de la compra pública de salud en el siglo XXI: a propósito de la adquisición de medicamentos \(y vacunas\) y la necesidad de actualizar la solución jurídica](#)". (www.obcp.es). Diciembre 2021

las prerrogativas públicas que reconoce el ordenamiento vigente. Cuestión que, por lo demás, se reconoce en la propia Exposición de Motivos LCSP al afirmar que los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos u organizar los mismos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

La **propuesta de regulación sería incluir una nueva Disposición Adicional⁺⁺⁺**.

⁺⁺⁺ **Motivación.** La situación de alerta sanitaria de máximo nivel derivada de la pandemia global ha justificado en la mayoría de los países (entre ellos España) la declaración de “emergencia sanitaria” que ha impactado sobre la ejecución práctica de los contratos públicos vigentes y sobre la necesidad aprovisionamientos sanitarios urgentes. También ha impactado sobre la forma de adquirir productos y servicios para combatir la pandemia. En este nuevo contexto hay importantes retos y desafíos donde hay que articular nuevas soluciones que permitan una correcta aplicación de los distintos principios jurídicos aplicables que deben ser debidamente alineados desde la perspectiva del principal bien jurídico a proteger –**la salud de los pacientes**–, lo que **desplaza el principio tradicional de tensión competitiva inherente al mercado ordinario de los contratos públicos**-. La necesaria eficiencia del modelo prestacional público debe preservar el adecuado equilibrio con otros principios y exigencias regulatorias y, en especial, con la mejor asistencia pública a todo los ciudadanos, seña de identidad del modelo de Estado social, lo que **aconseja abandonar la idea del precio como único elemento de valoración para la sostenibilidad del modelo de compra pública de medicamentos (y de servicios sanitarios)**. Además, la solución propuesta (como en otros países europeos, por cierto), **permitirá una rápida adquisición de nuevos medicamentos para hacer frente a la pandemia, evitando que por innecesaria burocracia esos medicamentos “lleguen tarde”, lo que se alejaría del principio de buena administración.**

"Régimen aplicable a la adquisición pública de medicamentos.

- 1. Los medicamentos con precios de venta de laboratorio fijados administrativamente para el Sistema Nacional de Salud, o con precios de referencia, en tanto que ya ha existido negociación con una instancia pública y fijación administrativa del precio, podrán ser adquiridos directamente por el sistema hospitalario público aragonés sin necesidad de licitación.*
- 2. Los medicamentos con protección de patente, determinado el precio público por la Comisión Interministerial de Precios, podrán ser adquiridos directamente por el Sistema de Salud de Aragón, tomando como referencia el precio determinado por el Ministerio de Sanidad.*
- 3. En las adquisiciones hospitalarias de medicamentos genéricos, biosimilares y del medicamento de referencia, los servicios de farmacia podrán elegir cualquiera de estos medicamentos, atendiendo a criterios de eficacia terapéutica o de eficiencia en la gestión, de entre los ofertados por los proveedores que asuman las condiciones que previamente haya establecido el órgano competente para adquirirlos, que serán de cumplimiento obligado. La celebración de un acuerdo de adquisición pública de medicamentos con uno o varios proveedores no impedirá la celebración de acuerdos posteriores con nuevos proveedores que asuman las condiciones establecidas. No obstante lo anterior, de considerarse más conveniente contar con un único proveedor o un único medicamento de los señalados, se podrá seleccionar uno entre ellos como destinatario de los pedidos, conforme a lo dispuesto en el apartado siguiente.*
- 4. Para la selección de un proveedor o medicamento único se realizará un procedimiento con invitación a cada uno de los proveedores. La invitación contendrá los criterios de selección cualitativos que se tendrán en cuenta para la resolución, así como su ponderación. Se otorgará un plazo no inferior a 10 días para que presenten sus ofertas y la unidad responsable, de forma motivada, notificará y publicará en internet el resultado del procedimiento. El plazo de estos acuerdos de adquisición pública de medicamentos con un proveedor o medicamento único no podrá superar un año.*
- 5. Los acuerdos de adquisición pública de medicamentos, en cualquiera de sus modalidades, tendrán naturaleza privada, pero se exigirá en su tramitación lo siguiente:*
 - a) Justificación de la necesidad y de la existencia de crédito.*
 - b) Determinación de las condiciones a cumplir por los proveedores previendo expresamente penalidades contractuales por incumplimientos de plazos o en la calidad del producto, volumen o resultados y el sistema de pago.*
 - c) Solicitud formal a la empresa, cuya aceptación implica el compromiso de cumplimiento de los plazos de entrega.*
- 6. Los acuerdos de adquisición pública de medicamentos de tracto sucesivo podrán prever su modificación y causas de resolución específicas.*

7. Los acuerdos de adquisición pública de medicamentos establecerán el procedimiento de aceptación o comprobación mediante el cual deba verificarse la conformidad de los medicamentos suministrados, sin que dicho trámite pueda exceder de 5 días hábiles a contar desde la fecha de recepción de los medicamentos.

8. Salvo previsión expresa distinta en la convocatoria o el acuerdo de adquisición, la empresa suministradora remitirá, dentro de los cinco primeros días hábiles del mes, la relación del detalle de las unidades suministradas, que será objeto de verificación por parte de la unidad responsable de las adquisiciones en el plazo también de cinco días hábiles, a contar desde el siguiente a la presentación. Obtenida la conformidad de la unidad responsable de las adquisiciones, o superado el plazo señalado se procederá por la empresa suministradora a enviar la factura por el importe que corresponda.

9. El pago de la factura se efectuará en el plazo máximo de treinta días desde su recepción

10. Los acuerdos de adquisición pública de medicamentos podrán ampliar el plazo de pago, con el límite de sesenta días.

10) El control externo de los resultados exige soluciones diferentes. Así, en contratos de importe armonizado o que se consideren de especial relevancia, se propone regular la posibilidad de que la Cámara de Cuentas de Aragón pueda realizar auditoría financieras durante la concreta ejecución, donde las observaciones que se formulen tendrán carácter obligatorio.

11) Por último, hay que advertir que [esta propuesta de Ley no contiene referencia a la gestión de los fondos de Next Generation](#), donde resulta importante favorecer una respuesta rápida y eficaz que complemente las previsiones del Real Decreto Ley 36/2020.

IV. CONTRATACIÓN PÚBLICA EN PROYECTOS DE I+D+I. PROPUESTA PARA SU REGULACIÓN EN LA LEY DE LA CIENCIA DE ARAGÓN.

Hechas estas observaciones generales este Informe pretende limitar su alcance a la necesidad de una singular regulación de la contratación en el ámbito

de los organismos públicos de investigación y en el fomento a la transferencia de conocimiento.

Fomentar la investigación, el desarrollo y la innovación (I+D+i) es un importante objetivo de la Unión contemplado en el artículo 179 del Tratado, que dispone que *«[l]a Unión tendrá por objetivo fortalecer sus bases científicas y tecnológicas, mediante la realización de un espacio europeo de investigación en el que los investigadores, los conocimientos científicos y las tecnologías circulen libremente, y favorecer el desarrollo de su competitividad, incluida la de su industria, así como fomentar las acciones de investigación que se consideren necesarias [...]»*. Los artículos 180 a 190 del Tratado determinan las actividades que deben llevarse a cabo a ese respecto y el alcance y ejecución del programa marco plurianual. El fomento de la innovación es, pues, una importante política de fomento que, como es lógico, exige unas reglas y principios, que se explican en la Comunicación de la Comisión *Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación (2014/C 198/01)*^{***}.

La investigación y la innovación desempeñan un papel central en Europa para avanzar hacia un crecimiento inteligente, sostenible e integrador^{sss}, con el objetivo de hacer efectivo el mensaje “De la idea al mercado”, lo que obliga a poner el acento en la necesidad de una mayor cercanía al mercado en el apoyo a los proyectos, para evitar que cientos de millones de euros de fondos europeos nunca lleguen al mercado, como venía siendo hasta ahora. El objetivo fijado por la Comisión europea, consiste en tratar de llegar a “invertir” en Investigación y Desarrollo (en adelante I+D) un 3% del PIB de la Unión Europea de aquí a 2030 (lo que se puede realizar, por ejemplo, a través de contratos públicos, pero no en

^{***} Vid. J.M. GIMENO FELIU “La transferencia de conocimiento de las universidades públicas y la incidencia de la legislación de contratos públicos: diferencias entre la transferencia de servicios de investigación y la transferencia de bienes incorporales (derechos intelectuales)”, Monográfico Revista Aragonesa Administración Pública, XVIII, Zaragoza, 2018, pp. 21-43.

^{sss} En el Libro Verde *Del reto a la oportunidad: hacia un marco estratégico común para la financiación de la investigación y la innovación por la UE*, COM (2011) 48 final, de 15 de febrero de 2011, se indica que el logro de los objetivos ampliamente respaldados de crecimiento inteligente, sostenible e integrador fijados en Europa 2020 depende de la investigación y la innovación, que constituyen los motores fundamentales de la prosperidad social y económica, así como de la sostenibilidad del medio ambiente.

todo caso)^{****}. Con una política activa de innovación mediante un correcto impulso público puede favorecer el apalancamiento de fondos hacia actividades de I+D+i empresarial, así como apoyar a la comercialización de la I+D+i empresarial (el primer cliente es cliente de referencia). A tal fin se modificó la Ley Estatal de contratación pública para favorecer las adquisiciones por los organismos públicos de investigación -que parece desconocerse por el artículo 53 del texto del anteproyecto – y que resulta de directa aplicación. Se trata de la Disposición Adicional Quincuagésima cuarta de la LCSP modificada por la disposición final 2 del Real Decreto-ley 3/2019, de 8 de febrero. [Ref. BOE-A-2019-1782](#), que dice así:

Disposición adicional quincuagésima cuarta. Régimen aplicable a los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación.

Atendiendo a la singular naturaleza de su actividad, como excepción al límite previsto en el artículo 118 de esta Ley, tendrán en todo caso la consideración de contratos menores los contratos de suministro o de servicios de valor estimado inferior o igual a 50.000 euros que se celebren por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, siempre que no vayan destinados a servicios generales y de infraestructura del órgano de contratación.

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

A estos efectos, se entienden comprendidos entre los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, en los términos establecidos en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, las Universidades públicas, los organismos públicos de investigación, fundaciones, consorcios y demás agentes de ejecución de la Administración General del Estado, los organismos y entidades de investigación similares a los anteriores dependientes de otras Administraciones Públicas, las Fundaciones de Investigación Biomédica, y los centros, instituciones y consorcios del Sistema Nacional de Salud.

En los contratos menores que se celebren por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales aplicables a los mismos.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación en aquellos contratos cuyo pago se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000 euros.

Por ello, la referencia a esta cuestión en el anteproyecto aragonés resulta innecesaria.

Por otra parte conviene reseñar el rol de liderazgo institucional indiscutible de los diversos organismos públicos de investigación e innovación en Aragón, en tanto elemento crítico en la configuración y desarrollo de los temas claves de nuestra sociedad y, muy especialmente, de la Sociedad del Conocimiento. Por su propia naturaleza, este liderazgo debe ejercerlo con la mayor amplitud de miras, pero atendiendo especialmente al entorno. Esta labor de los organismos públicos de investigación (por supuesto la universidad pública de Zaragoza) de ser un agente activo en la creación y difusión de conocimiento científico se ha visto entorpecida en los últimos años por una interpretación restrictiva y formalista de la misión propia de promover conocimiento de vanguardia. Y en el contexto actual, el cumplimiento de este objetivo la correcta incorporación de medidas eficaces y singulares sobre esta importante política de fomento de creación de conocimiento

y de innovación, aconseja previsiones que bien pueden desagregarse del texto del Anteproyecto para incorporarse a la Ley de la Ciencia.

Para ello se sugieren las **siguientes propuestas de regulación a incluir en la Ley de Ciencia de Aragón:**

Nuevo Artículo ---. Relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos en el ámbito de la investigación y generación de conocimiento

1. Quedan, excluidos de la presente Ley los contratos sobre propiedades incorporeales como son las vinculadas a la propiedad intelectual, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados ex artículo 9 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público y se regirán con carácter general por la legislación patrimonial.

2. En concreto, son negocios excluidos de carácter privado los contratos de transferencia de conocimiento que se realicen con Universidades y Organismos Públicos de Investigación, que podrán adjudicarse de forma directa.

3. Se considera como adquisición de propiedad intelectual el acceso a las bases de información y divulgación científica, sin que deba seleccionarse ni limitarse la adquisición de las mismas. La negociación de las condiciones de acceso tendrá carácter privado.

MOTIVACION. Mejora técnica que aclara la previsión del artículo 9 LCSP. Incluye supuestos de contratos privados excluidos de forma expresa para dar más certeza jurídica y donde no se aplican las reglas del artículo 26 LCSP

Los contratos sobre bienes incorporeales no encajan en la idea u objetivo de libre mercado ya que, en si mismo, no hay una competencia entre servicios profesionales (y en esos casos no hay que someter nada a la libre competencia, tal y como se advierte por el TJUE en su sentencia de 2 de junio de 2016, asunto C-410/14). La adquisición (mediante acceso a información) de conocimiento científico, por tanto, queda al margen de las reglas y procedimientos de la contratación pública al no ser una actividad propia de mercado. En relación a los contratos de conocimiento, el artículo 55.2 de la Ley de Economía Sostenible de 2011 (LES), donde se dice que “La transmisión a terceros de derechos sobre los

resultados de la actividad investigadora, bien se trate de cesión de la titularidad de una patente o de concesión de licencias de explotación sobre la misma, o de las transmisiones y contratos relativos a la propiedad intelectual, se registrará por el derecho privado, en los términos previstos por esta Ley y las disposiciones reguladoras y estatutos de las entidades a que se refiere el artículo 53, aplicándose los principios de la legislación del patrimonio de las Administraciones Públicas para resolver las dudas y lagunas que puedan presentarse". Del artículo 7 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), se infiere que los derechos de propiedad industrial o los derechos de explotación de propiedad intelectual son de naturaleza patrimonial tanto por su definición negativa (no son demaniales), como por su encaje en la relación de bienes patrimoniales. Los contratos derivados de esta explotación tienen la consideración de contratos privados (art. 5.3 y 9 LPAP y 107.3 LPAP) y se registrarán por las normas de derecho privado correspondientes a su naturaleza (no puede tener nunca consideración de contrato público), y así lo reitera expresamente el vigente artículo 36 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (LCTI). Y así se deduce de forma clara en las Directivas de contratación Pública. **Esta "aclaración" tiene un especial interés en el mundo universitario y de la innovación pues facilita la transferencia de conocimiento superando las rigideces de la contratación pública y los límites de los procedimientos (como el del contrato menor).**

Nuevo artículo: La subcontratación por poderes adjudicadores que actúan como operador económico.

Quedan excluidos de esta Ley los contratos por los que una entidad del sector público se obligue a entregar bienes o derechos o a prestar algún servicio, sin perjuicio de que el adquirente de los bienes o el receptor de los servicios, si es una entidad del sector público sujeta a esta Ley, deba ajustarse a sus prescripciones para la celebración del correspondiente contrato. En especial, quedan excluidos los contratos que como subcontratación prevista en el pliego realicen entidades que son poderes adjudicadores pero actúan en ese procedimiento como operador económico.

MOTIVACION. Mejora técnica. Se aclara significado de este precepto para evitar problemas interpretativos, tal y como, por cierto, se contempla en la Ley Foral 2/2018, de contratos públicos de Navarra. La explicación es que, como contratista, no actúa nunca como poder adjudicador (de hecho, aquí no hay actividades de interés general, sino una evidente actuación mercantil, regulada por las reglas de la competencia). Es más, si se entendiera que hay que licitar la subcontratación por “primar” la condición de poder adjudicador del adjudicatario, ésta, al ser un contrato público, no se podría fragmentar (sí se podría hacer lotes), por lo que generalmente los umbrales exigirían una publicidad en la Plataforma de Contratos del Sector Público (ex art. 347 y 63 LCSP), cuyo incumplimiento viciaría de nulidad los contratos efectuados (art. 39 LCSP). Este criterio interpretativo se encontraría avalado por jurisprudencia del TJUE y de aplicación en el ámbito de las Directivas 23 y 24 de 2014 de concesiones y contratación pública respectivamente. Así, en la citada STJUE de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari*, a propósito de la Directiva de contratos públicos de 2004 (que en este punto establece lo mismo que la de 2014), advierte que según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una Administración pública (como una Universidad) “puede licitar y podrá presentarse como candidato toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en un anuncio de licitación, se considere apta para garantizar la ejecución de ese contrato público, directamente o recurriendo a la subcontratación, con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado y de que opere sistemáticamente en el mercado o sólo intervenga con carácter ocasional, o de que esté o no subvencionada con fondos públicos. **Esta “aclaración” tiene un especial interés en el mundo universitario y de la innovación pues facilita la transferencia de conocimiento⁺⁺⁺**. La Junta Consultiva de Contratación Pública ha admitido esta distinción en su Informe relativo al Expediente 23/21. *Interpretación de la Disposición final novena del Real Decreto-Ley 36/2020*

⁺⁺⁺ Este criterio viene siendo además aplicado por la Universidad de Zaragoza, de conformidad con la [Instrucción de la Gerencia de 17 de diciembre de 2019](#).

Nuevo artículo: Cooperación horizontal para el impulso de la investigación y la innovación en Aragón.

1. Cualquier entidad del sector público a través del mecanismo de cooperación horizontal para el cumplimiento de los fines públicos de fomento de investigación, podrá suscribir los convenios que considere oportunos con las universidades y organismos públicos de investigación del sector público de Aragón para asignar financiación directa a determinados proyectos vinculados a políticas de generación de conocimiento.

2. Estos convenios, que se tramitarán como ayuda directa sin necesidad de aplicar los trámites de la Ley General de Subvenciones, delimitarán el objeto y referirán las medidas a implementar, con sus hitos y objetivos y su valoración económica, así como el calendario de financiación.

3. Como regla general se admitirán pagos anticipados y precios provisionales en la ejecución de estos proyectos.

4. Corresponderá a la Intervención General un informe final sobre el cumplimiento y resultados obtenidos y de la adecuación de la financiación europea destinada al mismo.

MOTIVACION. Mejora técnica. Favorecer el impulso de la política de generación del conocimiento con entidades como la Universidad y los OPIs superando las opciones previstas en la Ley de Contratos del Sector Público y en la Ley General de Subvenciones.