

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ISSN 2595-5667

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 02 – VOLUME Nº 02 – EDIÇÃO Nº 01 - JAN/DEZ 2017

ISSN 2595-5667

**Rio de Janeiro
2017**

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial:

Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela.
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu Faculty of Law.
Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica de São Paulo.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná.
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho.

Avaliadores desta Edição:

Prof Dr. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidade de Barcelona.	Profa Ms. Isabela Ferrari, UERJ.
Prof. Ms. Ariane Sherman Vieira, UFMG.	Prof. Dr. Jamir Calili Ribeiro, UFJF.
Prof. Ms. Carina de Castro, UFRJ.	Prof. Ms. João Paulo Sporl, USP.
Prof. Ms. Daniel Capecchi Nunes, UFJF.	Prof. Ms. Jairo Boechat Jr., FUMEC
Prof. Dr. Eduardo Manuel Val, UFF.	Prof. Dra. Patricia Ferreira Baptista, UERJ.
Prof. Dr. Emerson Moura, UFRJ.	Prof. Dr. José Vicente de Mendonça, UERJ.
	Prof. Dra. Patricia Ferreira Baptista, UERJ.

Diagramação e Layout:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

SUMÁRIO

<i>Apresentação</i>	005
Emerson Affonso da Costa Moura	
<i>Publicidade administrativa como princípio e prática: apontamentos para uma teoria do controle pelo Judiciário</i>	007
Veruska Sayonara de Góis	
<i>A recondução dos servidores públicos e autonomia dos entes federados</i>	030
Alex Cavalcante Alves	
<i>Regulações expropriatórias à luz da constitucionalização do direito administrativo</i>	048
Maíra Valentim da Rocha	
<i>As controvérsias doutrinárias quanto à natureza da CFEM, a decisão proferida pelo STF e respectivos reflexos na gestão dos recursos</i>	099
Cleber Lucio Santos Junior	
<i>Discrecionariedade administrativa: alguns elementos e possível controle judicial</i>	117
Phillip Gil França	
<i>As agências reguladoras e captura: um ensaio sobre os desvios regulatórios na agência nacional de energia elétrica</i>	126
Sophia Félix Medeiros	
<i>O controle de constitucionalidade nos procedimentos administrativos fiscais: limites e possibilidades</i>	148
Rodrigo Pacheco Pinto	
<i>Limitação administrativa e desapropriação indireta: a linha tênue dos institutos na criação de espaços de proteção ambiental</i>	168
Daniel capecchi nunes e Ana Luíza Fernandes Calil	
<i>Cidades inteligentes e sustentáveis: desafios conceituais e regulatórios</i>	189
José Renato Nalini e Wilson Levy	
<i>La asociación para la innovación": su incorporación en la directiva europea sobre contratación pública y en el proyecto español de ley de contratos del sector público</i>	208
María de Los Ángeles Fernández Scagliusi	

**LA “ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN”: SU INCORPORACIÓN EN LA
DIRECTIVA EUROPEA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EN EL
PROYECTO ESPAÑOL DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO**

**THE "ASSOCIATION FOR INNOVATION": YOUR INCORPORATION IN
THE EUROPEAN DIRECTIVE OF PUBLIC PROCUREMENT AND THE SPANISH
PUBLIC SECTOR CONTRACT LAW PROJECT**

**MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ
SCAGLIUSI**

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla*

RESUMEN. La búsqueda de la innovación en los productos, las obras y los servicios tiene un lugar central tanto en las nuevas Directivas sobre contratación pública como en la Estrategia Europa 2020. Por este motivo, la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública incluye entre sus objetivos el lograr una mejor utilización de la contratación como apoyo, entre otras políticas, de la promoción de la innovación con la colaboración entre los poderes adjudicadores y los operadores privados. En este contexto, una de las principales novedades de la Directiva 2014/24/UE es la creación de un procedimiento de contratación específico que permita establecer una asociación para la innovación a largo plazo, con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadoras. La regulación que de la figura hacen tanto la citada Directiva, como, en España, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público es lo que nos proponemos abordar en este trabajo.

PALABRAS CLAVES: Asociación para la innovación; Estrategia Europa 2020; Contratación pública; Ley de contratos del sector público; Procedimiento.

ABSTRACT: The search for innovation in products, works and services is central to both the new Public Procurement Directives and the Europe 2020 Strategy. For this reason, Directive 2014/24 / EU on public procurement Objectives to achieve a better use of contracting as a support, among other policies, for the promotion of innovation through collaboration between contracting authorities and private operators. In this context, one of the main novelties of Directive 2014/24 / EU is the creation of a specific procurement procedure to establish a long-term innovation partnership for the development and further acquisition of new products, Services or works. The regulation of the figure made both the aforementioned Directive, and, in Spain, the Bill on Public Sector Contracts is what we propose to address in this work.

KEYWORDS: Association for innovation; Europe 2020 strategy; Public procurement; Public sector contracts law; Process.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Como claramente puede percibirse, la contratación pública es un instrumento fundamental para conseguir diversos fines de la actuación administrativa; entre los que se encuentra el fomento de la innovación. En efecto, en Europa, existen varias manifestaciones de la conveniente y necesaria innovación, para lo cual se recomienda acudir a la contratación pública¹³⁷. Ciertamente, la contratación pública posee un potencial inmenso para sacar al mercado las innovaciones de la Unión Europea y puede proporcionar a las empresas innovadoras una ventaja competitiva en los mercados mundiales. No obstante, este potencial está en gran medida infrautilizado en la Unión Europea, pues según evaluación realizada, solo el 22 % de los órganos de contratación encuestados indicaron que incluyen la innovación en sus procedimientos y estrategias de contratación. La propuesta de la Comisión de que los Estados miembros y las Regiones reserven presupuestos específicos para la contratación pública de productos y servicios innovadores no ha sido adoptada por el Consejo, a pesar de que el objetivo propuesto, de 10.000 millones de euros al año, representaría tan solo un 0,44 % de la contratación pública total en Europa. Sin embargo, se han adoptado algunas medidas, España, por ejemplo, ha introducido una cuota del 3% de contratación pública de productos y servicios innovadores en su Ley de contratación de 8 de julio de 2011¹³⁸.

Dicha innovación, motor del crecimiento futuro, ocupa un lugar central tanto en las nuevas Directivas sobre contratación pública como en la Estrategia Europa 2020.

¹³⁷ ARIÑO ORTIZ, G., «El enigma del contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 172, 2007, p. 101, se refiere al desafío permanente que supone el contrato administrativo, pues requiere una continua reconstrucción jurídica, tanto legal como jurisprudencial. Sobre este cambio, advierte este mismo autor, en su trabajo «La “nueva” empresa público-privada», *Cuenta y Razón*, núm. 78-79, 1993, p. 50, refiriéndose a las empresas públicas, del peligro que las nuevas fórmulas pueden acarrear, pues siempre hay detrás un balance político, que puede abrir campo a la arbitrariedad y a la irresponsabilidad de los gestores. MEILÁN GIL, J.L., «Para una reconstrucción dogmática de los contratos administrativos», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004, p. 518, llama la atención sobre el necesario hecho de repensar los contratos de la Administración pública a la luz de los postulados y exigencias de un Estado social y democrático de Derecho, donde los derechos fundamentales de la persona ocupan un lugar central y vinculan a todos los poderes públicos. Asimismo, resalta que no es la posición de la Administración lo que debe producir modulaciones, sino el interés público, en función del cual -y sólo desde él- se justifican potestades y competencias. La eficacia en servir los intereses generales debe explicar que se ponga especial énfasis en una concepción económica de la concurrencia, típica del Derecho comunitario, más que en la mera igualdad jurídico-formal, como ha sido tradicional, que ha proporcionado insatisfacciones y corrupción.

¹³⁸ GARCÍA GARCÍA, M.Á., «La Universidad sujeto de la asociación para la innovación», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 23, 2015, p. 163.

Por un lado, las nuevas Directivas -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 y Directiva 2014/23/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión- enumeran entre sus objetivos el permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública como apoyo de la promoción de la innovación. Ciertamente, confirman de modo expreso la necesidad de instaurar un marco jurídico que permita contar con una mayor seguridad para los operadores económicos con la finalidad de que puedan colaborar con el sector público para promover la innovación, esto es, se interesan por recurrir a nuevas alternativas que impulsen la colaboración o participación del sector privado.

Por ello, no es sorprendente que sobre todo la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública incluya entre sus propósitos el posibilitar una mejor utilización de la contratación pública por parte de los operadores privados como apoyo, entre otras políticas, de la promoción de la innovación¹³⁹. Ni tampoco llaman la atención las distintas alusiones que se hacen a lo largo de esta norma¹⁴⁰.

A este respecto, pueden destacarse dos de sus considerandos. El considerando 47 señala: *«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 Europa 2020. Los poderes públicos deben hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación. La adquisición de bienes, obras y servicios innovadores desempeña un papel clave en la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios públicos, al mismo tiempo que responde a desafíos fundamentales para la sociedad. Contribuye a obtener la mejor relación calidad-precio en las inversiones públicas, así como amplias ventajas económicas, medioambientales y sociales, al generar nuevas ideas, plasmarlas en productos y servicios innovadores y, de este modo, fomentar un crecimiento económico sostenible»*.

El considerando 48 también resalta la importancia de la innovación, recomendando alentar a los poderes adjudicadores para que permitan variantes con la mayor frecuencia posible

¹³⁹ MEDINA ARNÁIZ, T., «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2010*, Civitas, Madrid, 2011, pp. 90 y ss.

¹⁴⁰ Así puede observarse en los considerandos 49, 74, 75, 84, 95, 123 y 124.

y recordándoles a los mismos que deben definir los requisitos mínimos que han de cumplir las variantes antes de indicar que se pueden presentar.

Por otro, en la estrategia «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», la Comisión propone para la Unión Europea cinco objetivos cuantificables para 2020 que marcarán la pauta del proceso y se traducirán en objetivos nacionales: el empleo, la investigación y la innovación, el cambio climático y la energía, la educación y la lucha contra la pobreza. Éstos representan *«la dirección que debemos tomar e indican cómo podemos medir nuestro éxito»*.

Igualmente, dentro de las tres prioridades que propone Europa 2020 se incluye el denominado “crecimiento inteligente”: desarrollo de una economía basada en el conocimiento y en la innovación. Para esas tres prioridades se precisa una amplia gama de acciones, para lo cual la Comisión propone siete iniciativas, estableciendo en primer lugar *«Unión por la innovación»*, con el fin de mejorar las condiciones generales y el acceso a la financiación para investigación e innovación y garantizar que las ideas innovadoras se puedan convertir en productos y servicios que generen crecimiento y empleo»¹⁴¹.

Dentro de este punto y consciente de que la crisis financiera ha tenido un fuerte impacto en la capacidad de las empresas y los Gobiernos europeos para financiar proyectos de inversión e innovación, la Comisión insiste reiteradamente en desarrollar una agenda de investigación estratégica; mejorar las condiciones generales que favorezcan la innovación por parte de las empresas; revisar y consolidar el papel de los instrumentos de la Unión Europea destinados a apoyar la innovación; promover cooperaciones de conocimiento y reforzar los vínculos entre educación, empresa, investigación e innovación; etc.

II. EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN

II.1. CARACTERÍSTICAS GENERALES

En este contexto, parece coherente que una de las principales novedades de la Directiva 2014/24/UE sea la creación de un procedimiento de contratación específico que permita

¹⁴¹ Indica también la Estrategia Europa 2020 que en Europa, el gasto en I+D es inferior al 2%, en comparación con un 2,6 % en Estados Unidos y un 3,4 % en Japón, principalmente debido a los menores niveles de inversión privada. Pero no es solo el importe absoluto del dinero gastado en I+D el que cuenta, porque Europa debe centrarse en el impacto y la composición de su gasto en investigación y mejorar las condiciones de la I+D del sector privado en la UE. La mitad de la diferencia con Estados Unidos se debe a nuestro menor porcentaje de empresas de alta tecnología.

establecer una asociación para la innovación a largo plazo con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadoras. En nuestro ordenamiento, la solución a estas cuestiones ha sido hasta ahora el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado¹⁴², que emplea el procedimiento de diálogo competitivo, aunque no ha tenido muy buen acogimiento. Habrá que esperar entonces para ver si con esta nueva fórmula se alcanza un mayor éxito¹⁴³.

¹⁴² Como es consabido, su definición no es nada sencilla DE ÁLVARO MONTERO, Á., «Las nuevas modalidades contractuales y el mantenimiento del equilibrio financiero», PALOMAR OLMEDA, A. (dir.), *La Administración en tiempo de crisis. Presupuestación, cumplimiento de obligaciones y responsabilidades*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 656-657. También en este sentido, PAREJO ALFONSO, L., y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Tomo IV, Barcelona, Bosch, 2008, p. 2560, afirman: «el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado se puede definir como aquél por el que una Administración pública encomienda a una entidad de Derecho privado la realización de una actuación global e integrada que, junto a la financiación de inversiones inmateriales, obras o suministros necesarios para el cumplimiento de fines públicos o actuaciones de interés general, comprenda la construcción, mantenimiento y explotación o gestión de obras o instalaciones, la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas, la fabricación de bienes o la prestación de servicios ligados al desarrollo por la Administración del servicio público. Por tanto, puede ser objeto de este contrato cualquiera de las prestaciones propias de los demás contratos típicos, por lo que resulta necesario determinar cuál es el rasgo peculiar que lo dota de sustantividad propia». MORENO DE CASTRO, E., «Formas jurídicas de colaboración público-privada en el Derecho español: orígenes europeos y evolución de la regulación de los diferentes modelos de colaboración», *Oñati Socio-legal Series*, vol. 2, núm. 4, 2012, p. 97, se refiere a este contrato como el «acuerdo global que integra la realización de obras, su financiación y mantenimiento o explotación durante un largo período que se corresponde con la amortización económica de la operación, remunerándose al contratista mediante un precio aplazado y dependiente del éxito y riesgo de la operación, cuyos costes en todo caso deben definirse con la mayor transparencia, distinguiendo los correspondientes a la constitución, financiamiento y explotación». CHINCHILLA MARÍN, C., «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132, 2006, p. 624, «En mi opinión, el artículo 11 no es un ejemplo de precisión conceptual, pero probablemente estamos ante una imprecisión deliberada o, incluso, hasta cierto punto inevitable; esto es, ante una definición abierta e incompleta, que se limita a describir unos elementos caracterizadores de este tipo contractual, para que sean las partes –la Administración y el contratista privado– las que terminen de definir y concretar los elementos del contrato en cada caso específico». Por ello, muchos autores se refieren a estos contratos como “modelos para armar”, puesto que en ellos tiene cabida el objeto de cualquiera de los otros contratos típicos, siempre que sean de larga duración, se trate de realizar una actuación compleja, global e integrada; se realice un reparto de riesgos, el operador privado participe en el proyecto desde el primer momento, se abone una contraprestación por parte de la Administración durante toda la vida del contrato y exija la financiación por el sector privado; y al que se recurrirá una vez que se haya justificado por parte de la Administración contratante que las otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas. Así, GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., en su trabajo «Contrato de colaboración público-privada», *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006, p. 22, indica: «En este sentido, bien se podría decir, parafraseando el título de una novela de Julio Cortázar, que los CPP son «modelos para armar», en los que Administración y contratista recogen elementos aislados del ordenamiento jurídico para configurar cada figura concreta, elementos que afectarán al derecho de bienes, a los contratos de servicios y contendrán aspectos del contrato de obras en los casos en los que haya que proceder a la construcción de la infraestructura; lo que, evidentemente, dificultará el régimen aplicable a cada CPP. De hecho, puede resultar indicativo el que las autoridades comunitarias, de momento, hayan hecho dejación de la regulación de estas figuras dejándolas a lo que disponga cada ordenamiento jurídico, más allá de algunos elementos mínimos que afectan al mercado interior».

¹⁴³ FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.Á., «El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 167, 2014, pp. 293-326.

Siguiendo lo establecido por el considerando 49 de la Directiva 2014/24/UE, puede afirmarse que la asociación para la innovación es un procedimiento de contratación específico respecto de los contratos que entran en el ámbito de aplicación de la Directiva, que está accesible a los poderes adjudicadores cuando las soluciones ya disponibles en el mercado no puedan satisfacer una necesidad en relación con el desarrollo de productos, servicios u obras innovadoras y la adquisición ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes.

La asociación para la innovación agrupa así dos conceptos que hay que relacionar, asociación e innovación. La "innovación" es definida por la propia Directiva europea 2014/24/UE como la «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 ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europea 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador⁴». Pero no define ni regula las particularidades del otro concepto, "asociación", que el poder adjudicador puede constituir con los candidatos seleccionados¹⁴⁴.

El procedimiento debe basarse en la normativa aplicable al procedimiento de licitación con negociación. Precisamente, por esa remisión, desde el punto de vista de su naturaleza dogmática, se ha dudado, por parte de algunos autores¹⁴⁵, de que se trate de un auténtico procedimiento de adjudicación, dadas sus similitudes con la licitación con negociación. Sin embargo, sostienen otros¹⁴⁶ que, tal y como parece desprenderse de la Directiva, se trata de un procedimiento típico e independiente, pues al igual que el diálogo competitivo y el procedimiento de licitación con negociación comparten rasgos comunes, aunque sean tipos diferentes, la asociación para la innovación ostenta autonomía, si bien el procedimiento de licitación con negociación es tanto su referente normativo como el del diálogo competitivo.

¹⁴⁴ GARCÍA GARCÍA, M.Á., «La Universidad sujeto de la asociación para la innovación»..., *op. cit.*, p. 162.

¹⁴⁵ BERNAL BLAY, M.Á., «The strategic use of public procurement in support of Innovation», *European Procurement and Public Private Partnership Law Review*, num. 1, 2014, p. 10.

¹⁴⁶ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública», GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Aranzadi, Madrid, 2014, p. 212, indica que en tanto la asociación para la innovación es un procedimiento funcionalmente distinto del procedimiento de licitación con negociación, y en tanto en cuanto las matizaciones que su regulación contiene respecto a este son realmente significativas, puede considerarse que, tal y como se configura normativamente, la asociación para la innovación es un procedimiento típico e independiente y no una mera modalidad del procedimiento de licitación con negociación.

Lo que busca este procedimiento es implicar al sector privado en la plasmación de soluciones innovadoras, esto es, involucrar a los operadores económicos en el desempeño de una tarea común: la innovación, y compartiendo los riesgos con el poder adjudicador¹⁴⁷.

Debido a que la fase de desarrollo se combina con una de adquisición posterior, la asociación para la innovación es un procedimiento a largo plazo, tendencialmente de larga duración. Integra la fase de investigación y desarrollo de las soluciones tecnológicas como la consecución o adquisición de las obras, bienes o servicios finales.

Quiere decirse que la asociación para la innovación comprende dos fases: una primera etapa, precontractual o precomercial, y una segunda, comercial o contractual, en la que la naturaleza del contrato vendrá determinada por el tipo de producto final requerido por el órgano de contratación (suministros, servicios u obras, resultantes)¹⁴⁸.

II.II. EL PROCEDIMIENTO Y SUS FASES EN LA DIRECTIVA 2014/24/UE: SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON LA LICITACIÓN CON NEGOCIACIÓN

Como se desprende del art. 31 de la Directiva 2014/24/UE, el procedimiento de la asociación para la innovación se configura con base en la licitación con negociación, con el que comparte determinados aspectos de su regulación¹⁴⁹. Hasta tal punto es así que repite la mayoría de disposiciones de este procedimiento. Esto se debe principalmente a que ambos son procedimientos competitivos, que incluyen una fase de selección de candidatos y que permiten la negociación.

Ahora bien, ello no quiere decir que no existan diferencias significativas en cuanto a la estructura del procedimiento, a la información que deben contener los pliegos, a los criterios de reducción del número de candidatos y, finalmente, en lo relativo a los criterios de adjudicación.

Como hemos avanzado, la asociación para la innovación es un procedimiento de larga duración, que se estructura -dispone el art. 31.2- en fases sucesivas siguiendo la secuencia de

¹⁴⁷ CERQUEIRA GOMES, P., «Contratação pública e inovação –o diálogo possível entre Portugal e a União Europeia», FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Navarra, 2014, pp. 525-555.

¹⁴⁸ FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.Á., «Un nuevo procedimiento de adjudicación de contratos públicos: la "asociación para la innovación"», *Las nuevas directivas de contratación pública: (ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Thomson-Reuters Aranzadi, Madrid, 2015, pp. 341-342.

¹⁴⁹ Salvo que se disponga de otro modo en la Directiva, los poderes adjudicadores negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas posteriores presentadas por estos, excepto la oferta definitiva, con el fin de mejorar su contenido.

las etapas del proceso de investigación en innovación, que puede incluir la fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras¹⁵⁰.

Esta asociación fijará unos objetivos intermedios que deben alcanzar los socios y proveerá el pago de la retribución en plazos adecuados. Sobre estos objetivos, el poder adjudicador podrá decidir, al final de cada fase, si rescinde la asociación para la innovación o, en el caso de una asociación con varios socios, si reduce el número de socios mediante la rescisión de contratos individuales, siempre que hubiera indicado en los pliegos que puede hacer uso de estas posibilidades y las condiciones en que puede hacerlo. El derecho a rescindir la asociación es un elemento importante para asegurar que el poder adjudicador no se atribuye indebidamente el proyecto y para mantener a los operadores económicos suficientemente motivados¹⁵¹.

La sucesión de etapas con objetivos intermedios y sus consecuentes propósitos y obligaciones deben ser diseñadas de modo que resulte una distribución coherente de los riesgos entre las partes, asegurando la generación de suficientes incentivos sin crear una excesiva dependencia o el cierre del mercado¹⁵². El poder adjudicador es el encargado de velar por que la estructura de la asociación y, en particular, la duración y el valor de las diferentes fases reflejen el grado de innovación de la solución propuesta y la secuencia de las actividades de investigación y de innovación necesarias.

¹⁵⁰ El art. 31.2 dispone: «La asociación para la innovación tendrá como finalidad el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre los poderes adjudicadores y los participantes.

La asociación para la innovación se estructurará en fases sucesivas siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación, que podrá incluir la fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras. La asociación para la innovación fijará unos objetivos intermedios que deberán alcanzar los socios y proveerá el pago de la retribución en plazos adecuados.

Sobre la base de esos objetivos, el poder adjudicador podrá decidir, al final de cada fase, rescindir la asociación para la innovación o, en el caso de una asociación para la innovación con varios socios, reducir el número de socios mediante la rescisión de los contratos individuales, siempre que el poder adjudicador haya indicado en los pliegos de la contratación que puede hacer uso de estas posibilidades y las condiciones en que puede hacerlo».

¹⁵¹ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública»..., *op. cit.*, p. 215.

¹⁵² TARDÍO PATO, J.A., «La “asociación para la innovación”: contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 181, 2016, p. 278, explica: «Se requiere en la Directiva que el contrato de «asociación para la investigación» se estructure en fases sucesivas, siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación y de la eventual fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras. A lo que se añade que la duración de las diferentes fases ha de reflejar el grado de innovación de la solución propuesta y la secuencia de las actividades de investigación y de innovación necesarias para el desarrollo de la solución innovadora. Y para ello se prevé la fijación de unos objetivos intermedios que deberán alcanzar los contratistas y el establecimiento de los plazos de los pagos a realizar por el Poder Adjudicador».

En cuanto a las especificidades de los pliegos de contratación, en éstos, el poder adjudicador podrá determinar cuál es la necesidad de un producto, servicios u obras innovadoras que no puede ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado. Asimismo, indicará cuáles son los requisitos mínimos que deben cumplir todos los licitadores. La información debe ser lo suficientemente precisa para que los operadores económicos puedan identificar la naturaleza y ámbito de la solución requerida, y decidir si solicitan o no participar en el procedimiento.

El poder adjudicador velará por que la estructura de la asociación y, en particular, la duración y el valor de las diferentes fases reflejen el grado de innovación de la solución propuesta y la secuencia de las actividades de investigación y de innovación necesarias para el desarrollo de una solución innovadora aún no disponible en el mercado. El valor estimado de los suministros, servicios u obras no debe ser desproporcionado con respecto a la inversión necesaria para su desarrollo.

Por lo que se refiere a la fase de selección de candidatos, el plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será de treinta días a partir del anuncio de licitación, al igual que sucede en el procedimiento de licitación con negociación. Los poderes adjudicadores podrán limitar el número de candidatos a los que tengan intención de invitar, siempre que lo indiquen en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés. En este último caso prevé el art. 65.2¹⁵³, como también ocurre en el procedimiento de licitación con negociación y en el diálogo competitivo, que el número mínimo es de tres.

Sin embargo, no todas son similitudes, pues, como indica el art. 31.6, al seleccionar a los candidatos, en la asociación para la innovación, los poderes adjudicadores aplicarán criterios específicos, aunque no excluyentes, relativos a la capacidad de los candidatos en los ámbitos de la investigación y del desarrollo, así como la elaboración y aplicación de soluciones

¹⁵³ El art. 65.2 dispone: «Los poderes adjudicadores indicarán en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés los criterios o normas objetivos y no discriminatorios, que piensen utilizar, el número mínimo de candidatos que tengan intención de invitar y, cuando proceda, el número máximo. En el procedimiento restringido, el número mínimo de candidatos será de cinco. En el procedimiento de licitación con negociación, en el diálogo competitivo y en la asociación para la innovación, el número mínimo de candidatos será de tres. En cualquier caso, el número de candidatos invitados deberá ser suficiente para garantizar una competencia real. Los poderes adjudicadores invitarán a un número de candidatos al menos igual al número mínimo. No obstante, cuando el número de candidatos que cumplan los criterios de selección y satisfagan los niveles mínimos de capacidad a los que se hace referencia en el artículo 58, apartado 5, sea inferior al número mínimo, el poder adjudicador podrá seguir adelante con el procedimiento invitando a los candidatos que cuenten con la capacidad exigida. El poder adjudicador no podrá incluir en el mismo procedimiento a otros operadores económicos que no hayan solicitado participar en el mismo, o a otros candidatos que no posean las capacidades exigidas».

innovadoras. Solo los operadores económicos a los que invite el poder adjudicador tras evaluar la información solicitada podrán presentar proyectos de investigación e innovación destinados a responder a las necesidades señaladas por el poder adjudicador que no puedan satisfacerse con las soluciones existentes.

Por último, debe señalarse que un elemento común con el procedimiento de licitación con negociación es que en ninguno de los dos procedimientos cabe negociar los criterios de adjudicación ni los requisitos mínimos; así lo precisan respectivamente los arts. 29.3 y 31.3. No obstante, sí varía la forma de adjudicación, ya que para el caso que nos ocupa -e igualmente para el procedimiento de diálogo competitivo- los contratos se adjudicarán únicamente con arreglo al criterio de la mejor relación calidad-precio, lo que impide la utilización del criterio del coste más bajo, que no se excluye para el procedimiento de licitación con negociación.

II.III. LA REGULACIÓN DEL PROYECTO ESPAÑOL DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

El Proyecto de Ley, de 2 de diciembre de 2016, 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 también se ocupa –como debe ser- en los arts. 175 y siguientes del procedimiento de asociación para la innovación¹⁵⁴.

En primer lugar, define este procedimiento, señalando que la asociación para la innovación es un procedimiento que tiene como finalidad el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre los órganos de contratación y los participantes. A tal efecto, en los pliegos de cláusulas

¹⁵⁴ ARÉVALO GUTIÉRREZ, A., «¡Ya vienen los Reyes Magos! Una nueva Ley de contratos para las Administraciones Públicas», *Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 35, 2016, p. 137, explica que el Gobierno ha formalizado ante el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley 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 24 de febrero.

El referido Proyecto de Ley se sustanciará en la Comisión de Hacienda y Administraciones Públicas, con competencia legislativa plena y por el procedimiento de urgencia.

El Proyecto llega en un momento en el que los operadores jurídicos todavía no hemos asimilado el modelo afirmado por el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, ya de por sí alambicado. Ahora bien, su sustanciación, como en su momento la del Texto Refundido que se deroga, viene determinada por la normativa comunitaria y, en concreto, por la “Estrategia Europea 2020”, en virtud de la cual las directivas que ahora se transponen deberían haberse incorporado al ordenamiento español antes del 18 de abril de este año; lo que explica el recurso al procedimiento de urgencia, pese a la inequívoca complejidad normativa del texto.

administrativas particulares, el órgano de contratación tiene que determinar cuál es la necesidad de un producto, servicio u obra innovadores que no puede ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado. Indicará asimismo qué elementos de la descripción constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todos los licitadores, y definir las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual e industrial. La información facilitada ha de ser lo suficientemente precisa como para que los empresarios puedan identificar la naturaleza y el ámbito de la solución requerida y decidir si solicitan participar en el procedimiento.

Respecto a las normas por las que se deben regir los contratos que se adjudiquen por este procedimiento, el Proyecto de Ley distingue entre las fases de investigación y desarrollo, por un lado, y la fase de ejecución de las obras, servicios o suministros derivados, por otro, y precisa:

- a) La fase de investigación y desarrollo se rige por las normas que se establezcan reglamentariamente, así como por las prescripciones contenidas en los correspondientes pliegos, y supletoriamente por las normas del contrato de servicios.
- b) A la fase de ejecución de las obras, servicios o suministros derivados de este procedimiento se les aplican las normas correspondientes al contrato relativo a la prestación de que se trate.

El órgano de contratación podrá decidir crear la asociación para la innovación con uno o varios socios que efectúen por separado actividades de investigación y desarrollo. La selección de los mismos se realiza siguiendo lo establecido por los arts. 176 y 177¹⁵⁵. En virtud de estos últimos, la selección de los candidatos debe hacerse siguiendo criterios objetivos de solvencia relativos a la capacidad de los candidatos en los ámbitos de la investigación y del desarrollo, así como en la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras.

Cualquier empresario podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación, proporcionando la información sobre los criterios objetivos de solvencia que haya solicitado el órgano de contratación.

El plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será de treinta días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación, cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada. En otro caso, dicho plazo no podrá ser inferior a veinte días contados desde la

¹⁵⁵ A los efectos de seleccionar a los candidatos, los órganos de contratación aplicarán, en particular, criterios objetivos de solvencia relativos a la capacidad de los candidatos en los ámbitos de la investigación y del desarrollo, así como en la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras.

publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante. Solo los empresarios a los que invite el órgano de contratación tras evaluar la información solicitada podrán presentar proyectos de investigación e innovación destinados a responder a las necesidades señaladas por el órgano de contratación que no puedan satisfacerse con las soluciones existentes.

Los órganos de contratación pueden limitar el número de candidatos aptos que sean invitados a participar en el procedimiento, siendo tres el número mínimo de empresarios a los que se invitará a negociar.

Concluida la selección de los candidatos, el órgano de contratación les invitará a presentar sus proyectos de investigación e innovación para responder a las necesidades a cubrir. Los contratos se adjudicarán únicamente con arreglo al criterio de la mejor relación calidad-precio.

Salvo que se disponga de otro modo, los órganos de contratación negociarán con los candidatos seleccionados las ofertas iniciales y todas las ofertas posteriores presentadas por estos, excepto la oferta definitiva, con el fin de mejorar su contenido. Sin embargo, no se negociarán los requisitos mínimos ni los criterios de adjudicación.

Las negociaciones durante los procedimientos de las asociaciones para la innovación pueden desarrollarse en fases sucesivas, a fin de reducir el número de ofertas que haya que negociar, aplicando los criterios de adjudicación especificados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y recogidos en el anuncio de licitación. El órgano de contratación indicará claramente en el anuncio de licitación y en los pliegos de cláusulas administrativas particulares si va a hacer uso de esta opción.

Durante la negociación, los órganos de contratación velan por que todos los licitadores reciban igual trato. Con ese fin, no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros. Informarán por escrito a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido eliminadas de conformidad con el apartado anterior de todo cambio en las especificaciones técnicas u otros documentos de la contratación que no sea la que establece los requisitos mínimos. A raíz de tales cambios, los órganos de contratación darán a los licitadores tiempo suficiente para que puedan modificar y volver a presentar ofertas modificadas, según proceda.

Los órganos de contratación no han de revelar a los demás participantes los datos confidenciales que les hayan sido comunicados por un candidato o licitador participante en la negociación sin el acuerdo previo de este. Este acuerdo no puede adoptar la forma de una

renuncia general, sino que debe referirse a la comunicación intencionada de información específica.

En cuanto a la estructura, el art. 178 afirma que la asociación para la innovación se estructurará en fases sucesivas siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación, que podrá incluir la fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras. La asociación para la innovación fijará unos objetivos intermedios que deberán alcanzar los socios y proveerá el pago de la retribución en plazos adecuados. Sobre la base de esos objetivos, el órgano de contratación podrá decidir, al final de cada fase, resolver la asociación para la innovación o, en el caso de una asociación para la innovación con varios socios, reducir el número de socios mediante la resolución de los contratos individuales, siempre que el órgano de contratación haya indicado en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que puede hacer uso de estas posibilidades y las condiciones en que puede hacerlo.

En ningún caso, la resolución de la asociación para la innovación o la reducción del número de candidatos participantes darán lugar a indemnización, sin perjuicio de la contraprestación que, en las condiciones establecidas en el pliego, corresponda por los trabajos realizados.

En el caso de las asociaciones para la innovación con varios socios, el órgano de contratación no revelará a los otros socios las soluciones propuestas u otros datos confidenciales que comunique un socio en el marco de la asociación sin el acuerdo de este último. Este acuerdo no podrá adoptar la forma de una renuncia general, sino que deberá referirse a la comunicación intencionada de información específica.

Finalizadas las fases de investigación y desarrollo, el órgano de contratación analiza si sus resultados alcanzan los niveles de rendimiento y costes acordados y resolverá lo procedente sobre la adquisición de las obras, servicios o suministros resultantes.

Las adquisiciones derivadas de asociaciones para la innovación se realizan en los términos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Cuando la asociación se realice con varios empresarios la selección del empresario al que se deba efectuar dichas adquisiciones se realizará sobre la base de los criterios objetivos que se hayan establecido en el pliego.

En el caso de que la adquisición de las obras, servicios o suministros conlleve la realización de prestaciones sucesivas, aquella solo se podrá llevar a cabo durante un periodo

máximo de cuatro años, a partir de la recepción de la resolución sobre la adquisición de las obras, servicios o suministros.

El órgano de contratación velará por que la estructura de la asociación y, en particular, la duración y el valor de las diferentes fases reflejen el grado de innovación de la solución propuesta y la secuencia de las actividades de investigación y de innovación necesarias para el desarrollo de una solución innovadora aún no disponible en el mercado. El valor estimado de los suministros, servicios u obras no tiene que ser desproporcionado con respecto a la inversión necesaria para su desarrollo.

III. CONCLUSIONES

Tanto las nuevas Directivas en materia de contratación del año 2014 como la Estrategia Europa 2020 y –en consonancia con ellas– el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las citadas Directivas resaltan la conveniente y necesaria innovación como motor del crecimiento futuro, especialmente tras la crisis económica que ha mermado la capacidad de los Gobiernos y de las empresas para financiar proyectos de inversión e innovación. La Comisión insiste reiteradamente en mejorar las condiciones generales que favorezcan la innovación por parte de las empresas; así como en revisar y consolidar el papel de los instrumentos de la Unión Europea destinados a apoyar la innovación.

Con la finalidad de favorecer a las empresas más innovadoras, se crea un procedimiento de contratación específico para establecer una asociación para la innovación a largo plazo, con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadoras. En efecto, con este nuevo procedimiento, se permite a los poderes adjudicadores establecer colaboraciones con vistas al desarrollo y ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadoras, sin necesidad de recurrir a un procedimiento de contratación independiente para su adquisición.

Las similitudes de este procedimiento con el de licitación con negociación son varias, hasta el punto de que se ha llegado a dudar de su autonomía y significado propio. Sin embargo, los objetivos que persigue (involucrar al operador económico en el desempeño de la tarea común de la innovación) son los que lo hacen merecedor –según explica la Directiva– de una regulación propia y autónoma.

En el ordenamiento jurídico español, la solución a estas cuestiones ha sido hasta ahora el diálogo competitivo utilizado por el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, que no ha tenido demasiado éxito. Habrá que esperar entonces para ver si esta nueva fórmula alcanza un mejor acogimiento. Sin embargo, sí es importante desde un primer momento reflexionar y revisar nuestro modelo jurídico y práctico y, sobre todo, profesionalizar la contratación pública, en los términos que sostiene la Unión Europea. Únicamente formando y preparando a todos los sujetos que participan en la contratación se podrán alcanzar los objetivos pretendidos por la Unión Europea, entre los que destaca, como hemos visto, la innovación como motor del crecimiento futuro.

REFERENCIAS

ARÉVALO GUTIÉRREZ, A., «¡Ya vienen los Reyes Magos! Una nueva Ley de contratos para las Administraciones Públicas», *Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 35, 2016, pp. 137-147.

ARIÑO ORTIZ, G., «El enigma del contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 172, 2007, pp. 79-102.

ARIÑO ORTIZ, G., «La “nueva” empresa público-privada», *Cuenta y Razón*, núm. 78-79, 1993, pp. 37-50.

BERNAL BLAY, M.Á., «The strategic use of public procurement in support of Innovation», *European Procurement and Public Private Partnership Law Review*, num. 1, 2014, pp. 3-11.

CERQUEIRA GOMES, P., «Contratação pública e inovação –o diálogo possível entre Portugal e a União Europeia», FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Navarra, 2014, pp. 525-555.

CHINCHILLA MARÍN, C., «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132, 2006, pp. 609- 644.

DE ÁLVARO MONTERO, Á., «Las nuevas modalidades contractuales y el mantenimiento del equilibrio financiero», PALOMAR OLMEDA, A. (dir.), *La Administración en tiempo de crisis. Presupuestación, cumplimiento de obligaciones y responsabilidades*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 637-678.

FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.Á., «El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 167, 2014, pp. 293-326.

FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.Á., «Un nuevo procedimiento de adjudicación de contratos públicos: la "asociación para la innovación"», *Las nuevas directivas de contratación pública: (ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Thomson-Reuters Aranzadi, Madrid, 2015, pp. 341-350.

GALLEGO CÓRCOLES, I., «Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública», GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 165-232.

GARCÍA GARCÍA, M.Á., «La Universidad sujeto de la asociación para la innovación», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 23, 2015, pp. 161-185.

GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., «Contrato de colaboración público-privada», *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006, pp. 7-39.

MEDINA ARNÁIZ, T., «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2010*, Civitas, Madrid, 2011, pp. 43-104.

MEILÁN GIL, J.L., «Para una reconstrucción dogmática de los contratos administrativos», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004, pp. 505-518.

PAREJO ALFONSO, L., y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público, Tomo IV*, Barcelona, Bosch, 2008.

TARDÍO PATO, J.A., «La “asociación para la innovación”: contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 181, 2016, pp. 267-295.