

LA DIRECTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE 2014: ¿NUEVAS SOLUCIONES A VIEJOS PROBLEMAS?

Gustavo Merino Gómez

Asesor jurídico

Servicio de Asesoramiento Jurídico

Consejería de Sanidad y Servicios Sociales del Gobierno de Cantabria

SUMARIO: 1.-Introducción. 2.-Concepto de compra pública innovadora. 3.-Régimen jurídico de la regulación de la compra pública innovadora. 4.-La nueva directiva europea de contratación pública. 5.-Bibliografía.

RESUMEN

La Unión Europea ha manifestado su interés en el fomento de la actividad investigadora del tejido empresarial de sus Estados miembros. Complementando la actividad de fomento, la denominada “*compra pública innovadora*” puede contribuir estimulando, desde el punto de vista de la demanda de las Administraciones Públicas y los restantes poderes adjudicadores la investigación para el desarrollo de soluciones innovadoras con las que satisfacer sus necesidades.

El ámbito de la salud no es ajeno al interés despertado en éste ámbito y como muestra de ello, tanto el programa Horizonte 2020 por el que se fija el marco de la investigación e innovación de la Unión Europea (2014-2020)¹ como la Estrategia Española de Ciencia y Tecnología y de Innovación 2013-2020²,

establecen como eje prioritario la investigación en materia de salud, así como la conveniencia de promover la compra pública innovadora como mecanismo para incorporar al sector público avances técnicos logrados en colaboración con el sector privado.

Tradicionalmente la regulación vigente en materia de contratos del sector público no ha ofrecido instrumentos eficaces para desarrollar esta tipología de compra, si bien la introducción del Contrato de Colaboración entre el Sector Público y Privado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y la asociación para la innovación prevista por la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, parecen establecer cauces procedimentales más ágiles con los que afrontar los nuevos retos del sector público.

PALABRAS CLAVE

Contratación pública, Compra pública innovadora, Asociación para la innovación, Investigación y desarrollo.

1. Reglamento 1291/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2013 por el que se establece Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación (2014-2020) y por el que se deroga la Decisión 1982/2006/CE. Disponible en: http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/legal_basis/fp/h2020-eu-establishment_es.pdf

2. Prevista en el artículo 7 de la ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia la Tecnología y la Innovación, como el instrumento para alcanzar los objetivos generales establecidos

en esta ley en materia de innovación. Disponible en http://www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Investigacion/FICHEROS/Estrategia_espanola_ciencia_tecnologia_Innovacion.pdf

1.- INTRODUCCION

Hasta la introducción del Contrato del Colaboración entre el Sector Público y Privado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), la aportación de soluciones innovadoras en la fabricación de bienes y prestación de servicios a la Administración con nueva tecnología se reducía a aquellos contratos de suministro en los que el empresario se obligaba a fabricar bienes con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la Administración, previsto en el artículo 172.1.c) del derogado texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, o a la introducción en los pliegos de la posibilidad de formular variantes a las prescripciones definidas por la Administración licitante en las ofertas de los licitadores.

De este modo, se dejaba en manos de los licitadores, no sólo la formulación concreta de la solución técnica que podía aportar el resultado que deseaba la Administración, sino también la propia iniciativa en promover la innovación o confiar en los productos o servicios existentes en el mercado para satisfacer la necesidad que pretendía cubrirse con la convocatoria de la licitación del contrato.

La primitiva formulación del Contrato de Colaboración entre el Sector Público y Privado contenida en el artículo 11.c de la LCSP, actualmente previsto en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en lo sucesivo TRLCSP) permitió a la Administración tomar un papel director en la convocatoria de un procedimiento, que debía seguirse necesariamente bajo las normas del diálogo competitivo, con el fin de promover tecnología específicamente desarrollada para aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014³, sobre contratación pública, da un paso adelante e introduce la posibilidad de que los poderes adjudicadores establezcan una asociación para la innovación a largo plazo con vistas al desarrollo y posterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadores.

Se abre así una nueva vía para que, una vez apreciada la necesidad de un producto, servicio u obra que no pueda ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado, la administración describa los requisitos mínimos, los niveles de rendimiento y los costes máximos de desarrollo de dicho producto, servicio u obra y convoque a los interesados a aportar soluciones innovadoras, a través de lo que se ha denominado “*compra pública innovadora*”.

2.- CONCEPTO DE COMPRA PÚBLICA INNOVADORA

Tradicionalmente la Administración ha sido poco permeable a los avances tecnológicos y su implementación en la estructura administrativa no se ha producido con la rapidez deseada.

La compra pública innovadora pretende operar un cambio en la cultura administrativa centrada hasta ahora en seleccionar, dentro de la oferta proporcionada por el mercado, aquellas soluciones técnicas que mejor satisfacen sus necesidades. La contratación tradicional a través de las llamadas “*compras regulares*” se ha mostrado insuficiente para la consecución de los objetivos descritos.

En este caso, la compra pública innovadora (en adelante CPI) se manifiesta en una doble vertiente, en primer lugar como medio de la Administración para procurarse bienes y servicios innovadores que aporten una mayor eficiencia y calidad en los servicios públicos, redunden en una mayor protección del medio ambiente y aseguren un desarrollo económico sostenible y, en segundo lugar, como actividad de fomento de la iniciativa privada en la investigación de soluciones novedosas.

La Estrategia Española de Ciencia y Tecnología y de Innovación 2013-2020⁴, es el instrumento marco en el que quedan establecidos los objetivos generales a alcanzar durante el periodo 2013-2020 ligados al fomento y desarrollo de las actividades de I+D+i en España. Estos objetivos se alinean con los que marca la Unión Europea dentro del nuevo programa marco para la financiación de las actividades de I+D+i

³ Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, L 094, 28 de marzo de 2014. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=ES>

⁴ Está prevista en el artículo 7 de la ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia la Tecnología y la Innovación, como el instrumento para alcanzar los objetivos generales establecidos en esta ley en materia de innovación. Disponible en http://www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Investigacion/FICHEROS/Estrategia_espanola_ciencia_tecnologia_Innovacion.pdf

«Horizonte 2020» para el período 2014-2020, contribuyendo a incentivar la participación activa de los agentes del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación en el espacio europeo.

Dentro del primer Eje prioritario de la Estrategia Española relativo al “desarrollo de un entorno favorable a la I+D+i” se prevé la CPI como un medio para estimular la innovación mediante políticas de demanda a través “de un marco normativo adecuado, del que forma parte la revisión del marco general de la contratación del sector público y la introducción de aquellas condiciones que permitan valorar positivamente la innovación de acuerdo con del marco general de la contratación del sector público ha de llevarse a cabo de conformidad con las nuevas directivas sobre contratación pública cuyo plazo de transposición obligatorio está previsto en 2014. Igualmente, es necesario avanzar en el desarrollo de nuevas medidas de contratación pública innovadora asociada a las actividades de I+D+i orientadas a los Retos de la Sociedad con objeto de fortalecer el papel tractor en materia de innovación de la Administración Pública.”

En este sentido, el acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de julio de 2011, por el que se determina el procedimiento de articulación de la CPI en los departamentos Ministeriales y sus Organismos Públicos, ordenó la publicación de una Guía del Usuario de Compra Pública Innovadora⁵ dirigida a las Administraciones Públicas contratantes para la mejor y más adecuada aplicación de los procedimientos de contratación y adjudicación de la compra pública innovadora.

La Guía define la CPI como aquella “actuación administrativa de fomento de la innovación orientada a potenciar el desarrollo de nuevos mercados

innovadores desde el lado de la demanda, a través del instrumento de la contratación pública”.

A diferencia de la contratación tradicional, centrada únicamente en el lado de la demanda la CPI “se aborda trabajando desde el lado de la demanda del gestor público que saca a licitación los contratos de compra pública innovadora y desde el lado de la oferta, es decir, de las empresas que compiten en las licitaciones ayudándolas en el juego competitivo a participar y presentar ofertas innovadoras en dichos procedimientos de contratación.”

La (CPI) pretende la consecución de los siguientes objetivos:

- La mejora de los servicios públicos mediante la incorporación de bienes o servicios innovadores.
- El fomento de la innovación empresarial
- El impulso a la internacionalización de la innovación empleando el mercado público local como cliente de lanzamiento o referencia.

Dentro de la tipología de la CPI pueden distinguirse dos grandes modalidades:

- Las Compras Públicas de Tecnología Innovadora (CPTI)
- Las Compras Precomerciales (CPC)

La primera modalidad consiste en la adquisición de un bien o servicio que no existe en el momento en el que pretenden adquirirse pero que puede desarrollarse en un período de tiempo razonable. Dicha compra requiere el desarrollo de tecnología nueva o mejorada para poder cumplir con los requisitos demandados por el poder adjudicador.

En el caso de la segunda modalidad, denominada compra precomercial, se trata, en esencia, de un contrato de servicios de I+D no vinculado inicialmente a la posterior adquisición de los resultados y en el que el comprador público no se reserva los resultados de la I+D para su propio uso en exclusiva sino que comparte con las empresas los riesgos y los beneficios de la I+D necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las que hay disponibles en el mercado.

Como veremos la distinción entre una y otra categoría influye de manera notable en el régimen jurídico que le resulta aplicable.

⁵ La guía de la compra pública Innovadora, publicada por el Ministerio de Ciencia e Innovación va dirigida a las administraciones públicas y demás organismos del sector público y pretende mejorar los procedimientos de contratación y adjudicación de compra pública, impulsar e incentivar la participación de las empresas en las licitaciones de compra pública innovadora como instrumento para potenciar el desarrollo de los mercados Innovadores. Disponible en http://www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Innovacion/FICHEROS/Políticas_Fomento_Innv/Guia.CPI.pdf.

La guía fue elaborada por el Ministerio de Ciencia e Innovación, con la participación del Ministerio de Economía, y Hacienda, a través de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que emitió dictamen favorable nº 37/11 de 28 de octubre. Disponible en <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2011/37-11%2028-10%20FIN%20Guia%20sobre%20compra%20innovadora.pdf>

3.- RÉGIMEN JURÍDICO DE LA REGULACIÓN DE LA COMPRA PÚBLICA INNOVADORA.

Los antecedentes de la regulación vigente en materia de contratos públicos que se encuentran en los artículos 37.1 y 38⁶ de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible y el artículo 43.3 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia la Tecnología y la Innovación. Dentro de la Ley de Economía Sostenible se aboga por valorar “*la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública*” al tiempo que se favorece la financiación de los socios privados en los contratos de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado (en el caso de las Compras Públicas de Tecnología Innovadora) y el fomento de la contratación pública de actividades innovadoras destinando las cuantías necesarias a la financiación de los contratos a los que hace referencia el artículo 4.1. r) del TRLCSP (en el caso de las Compras Precomerciales).

Asimismo, se ordena al Consejo de Ministros el fomento de la contratación precomercial fijando dentro de los presupuestos de cada Departamento ministerial y de cada Organismo público vinculado con o dependiente de la Administración General del Estado, las cuantías necesariamente destinadas a la financiación de este tipo de contratos, pudiendo reservarse una parte de las mismas a pequeñas y medianas empresas innovadoras.

Por su parte, la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia la Tecnología y la Innovación prevé en su artículo 44.3 el impulso de “*la contratación pública de actividades innovadoras, con el fin de alinear la oferta tecnológica privada y la demanda pública, a través de actuaciones en cooperación con las Comunidades Autónomas y con las Entidades Locales, de acuerdo con lo señalado por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Los departamentos ministeriales competentes aprobarán y harán público un plan que detalle su política de compra pública innovadora y precomercial*”.

Por lo que respecta a los mecanismos previstos por la legislación vigente en materia de contratos para atender a una y otra modalidad de CPI debe tenerse en cuenta que los elementos diferenciadores de cada una de las categorías que determinan su régimen jurídico, responden a las siguientes variables:

⁶ Artículo 38 de Ley de Economía Sostenible reproducido casi literalmente en la Disposición final quinta del TRLCSP

- Remuneración íntegra del contrato por una de las partes o financiación conjunta del proyecto.
- Equilibrio en la asunción del riesgo y ventura del contrato entre las partes.
- Destino de los resultados que se obtengan en el proyecto de I+D+i

En función de la combinación de las anteriores variables podemos distinguir los siguientes tipos de contratos:

1. Contratos excluidos de la regulación contenida en el TRLCSP:

a) Contratos de I+D celebrados por Organismos Públicos de Investigación y órganos análogos de las Comunidades Autónomas encomendados en procesos de concurrencia competitiva, cuyos resultados ligados a retornos científicos o tecnológicos susceptibles de incorporarse al tráfico jurídico

b) Contratos de Compra Pública Precomercial, íntegramente remunerados por el órgano de contratación, cuyos resultados deben consistir en soluciones innovadoras y cuyos riesgos y beneficios son compartidos por la Administración y el empresario.

2. Contratos incluidos en la regulación del TRLCSP:

a) Contratos de CPTI no sujetos a regulación armonizada en virtud del artículo 13.2.b)⁷ del TRLCSP: Son remunerados íntegramente por el órgano de contratación y sus resultados no se reservan para la utilización exclusiva del órgano contratante en el ejercicio de su actividad propia. El riesgo y ventura del contrato es asumido por el contratista íntegramente.

b) Contratos de CPTI sujetos a regulación armonizada: Son remunerados íntegramente por el órgano de contratación. Se reservan para la utilización exclusiva del órgano contratante en

⁷ El artículo 13.2.b) del TRLCSP determina que no se consideran sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea su valor estimado, los contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que sus resultados no se reserven para su utilización exclusiva por éste en el ejercicio de su actividad propia.

el ejercicio de su actividad según el régimen previsto en el artículo 301.2⁸ del TRLCSP. El riesgo y ventura del contrato es asumido por el contratista íntegramente.

A pesar de que el contrato de investigación y desarrollo (I + D) está previsto como una de las 27 categorías del contrato de servicios contenidas en el anexo II del TRLCSP y por tanto, incluido a priori en su ámbito objetivo de aplicación, de la lectura atenta del artículo 4 del TRLCSP se deduce que la configuración legal del contrato de I+D es extremadamente compleja. Así pues, según el apartado 1 del artículo 4, están excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP, entre otros:

“q) Los contratos de servicios y suministro celebrados por los Organismos Públicos de Investigación estatales y los Organismos similares de las Comunidades Autónomas que tengan por objeto prestaciones o productos necesarios para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica o servicios técnicos, cuando la presentación y obtención de resultados derivados de los mismos esté ligada a retornos científicos, tecnológicos o industriales susceptibles de incorporarse al tráfico jurídico y su realización haya sido encomendada a equipos de investigación del Organismo mediante procesos de concurrencia competitiva.

r) Los contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que éste comparta con las empresas adjudicatarias los riesgos y los beneficios de la investigación científica y técnica necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado.”

Sin perjuicio de la exclusión de este tipos de contratos del ámbito de aplicación del TRLCSP, en virtud del apartado 2 del artículo 4 serán aplicables sus principios para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse⁹ en las normas especiales que los regulen.

⁸ El artículo 301.2 del TRLCSP determina que salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de éste a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público a que se refiere el artículo 3.1.

⁹ En los términos previstos en la Comunicación

En el caso de la compra de tecnología innovadora, además de los contratos administrativos típicos tradicionales (obras, suministro y servicios, principalmente) es posible celebrar contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, regulados en el artículo 11.1 del TRLCSP. Se definen como aquellos en los que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial encarga a una empresa, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones, la realización de una actuación global e integrada en la que haya una financiación de inversiones inmateriales y comprenda alguna de las prestaciones que determina el propio artículo, entre las que se encuentra la fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.

Como antecedente necesario de este tipo de contrato, debe existir, tal y como prevé el artículo 134 del TRLCSP un documento de evaluación previa, aprobado por un órgano colegiado donde se integren expertos con cualificación suficiente en la materia sobre la que verse el contrato¹⁰, en el que la Administración contratante ponga de manifiesto que, habida cuenta de la complejidad del contrato, no se encuentra en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, y se efectúe un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación.

interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02), publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, C 179, 01 de agosto de 2006. disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0801%2801%29&from=ES>

¹⁰ Debe destacarse que el artículo 321.2 del TRLCPS aclara que la elaboración del documento de evaluación previa a que se refiere el artículo 134 corresponderá a la Mesa especial del diálogo competitivo y no a cualquier órgano colegiado, como pudiera deducirse del propio artículo 134 del TRLCSP. En cuanto a su composición el artículo 23 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, determina que estará compuesta por los mismos miembros que integran una Mesa de contratación Ordinaria y al menos tres personas con competencia técnica en la materia a que se refiera el contrato que haya de ser objeto de licitación, designadas por el órgano de contratación que actuarán con voz y voto.

Una vez aprobado el documento de evaluación previa, el artículo 135 del TRLCSP indica que el órgano de contratación elaborará un programa funcional que contendrá los elementos básicos que informarán el diálogo con los contratistas y que se incluirá en el documento descriptivo del contrato. Particularmente, se identificará en el programa funcional la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deben incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo, y los criterios de adjudicación del contrato.

A continuación debe seguirse con carácter obligatorio¹¹ el procedimiento de diálogo competitivo, si bien, resultarán aplicables las normas contenidas en los artículos 163 a 165, ambos inclusive propias del procedimiento restringido.

El procedimiento se caracteriza porque el órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta. Tras declarar cerrado el diálogo e informar de ello a todos los participantes, el órgano de contratación les invitará a que presenten su oferta final, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo.

Posteriormente, el órgano de contratación evaluará las ofertas presentadas por los licitadores en función de los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo y seleccionará la oferta económicamente más ventajosa. Para esta valoración habrán de tomarse en consideración, necesariamente, varios criterios, sin que sea posible adjudicar el contrato únicamente basándose en el precio ofertado.

Debe aclararse que el diálogo competitivo no está previsto exclusivamente para los contratos regulados en el artículo 11 del TRCSP sino que podrá utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos¹², cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato.

¹¹ De conformidad con lo señalado en el artículo 180.3 del TRLCSP.

¹² A estos efectos, se considerará que un contrato es particularmente complejo cuando el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto.

4.- LA NUEVA DIRECTIVA EUROPEA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La Directiva 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 aboga por otorgar a los poderes adjudicadores mayor flexibilidad a la hora de elegir un procedimiento de contratación pública que prevea negociaciones.

Según la Directiva un mayor recurso a dichos procedimientos también incrementaría probablemente el comercio transfronterizo, ya que la evaluación ha mostrado que los contratos adjudicados mediante procedimiento negociado con publicación previa son obtenidos en un número especialmente elevado de ocasiones por ofertas transfronterizas. Los Estados miembros deben poder prever el recurso al procedimiento de licitación con negociación o al diálogo competitivo en situaciones diversas en las que no es probable que puedan obtenerse resultados satisfactorios de la contratación mediante procedimientos abiertos o restringidos sin negociación.

En cuanto a los servicios de investigación y desarrollo el artículo 14 de la Directiva determina que será aplicable únicamente a los contratos de servicios públicos de investigación y desarrollo¹³ siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes:

- a) que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, y
- b) que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador.

La propia Directiva define el concepto de innovación 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 Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.”*

Sin embargo, la principal novedad de la Directiva reside en la previsión, en su artículo 31 de un

¹³ Incluidos en los códigos CPV 73000000-2 a 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 y 73430000-5.

nuevo procedimiento de adjudicación de los contratos denominado “*asociación para la innovación*”. A diferencia del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, dotado de sustantividad como un nuevo contrato administrativo típico por la LCSP, cabe destacar que la asociación para la innovación no constituye un nuevo tipo de contrato sino que se incluye dentro del capítulo I denominado “Procedimientos” del título II de “Normas aplicables a los contratos públicos”.

A tal efecto, se prevé que el poder adjudicador podrá decidir crear la asociación para la innovación con uno o varios socios que efectúen por separado actividades de investigación y desarrollo.

Así pues, 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.*”

Cabe destacar, en primer lugar, que a nivel procedimental la asociación para la innovación guarda una gran similitud con el diálogo competitivo regulado en el artículo 30 inmediatamente anterior.

Al igual que sucede con el diálogo competitivo, 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.*”

Junto con el reproche que pudiera hacerse a la regulación contenida en la Directiva, en relación con las escasas especificidades que introduce en la regulación precedente del diálogo competitivo, cabe achacar a la Directiva la imprecisión en la terminología empleada

al referirse por ejemplo a la “*rescisión de los contratos individuales*”. A diferencia de la restante regulación vigente en materia de contratos que acoge el concepto “*resolución*” como mecanismo de extinción de la relación jurídica entre un poder adjudicador y un contratista la directiva recupera el término rescisión, propia de la legislación civil.

No puede pasarse por alto una observación en relación con el cómputo del valor estimado del contrato en este tipo de procedimientos, ya que deberá tenerse en cuenta el valor máximo estimado, IVA excluido, de las actividades de investigación y desarrollo que se realizarán a lo largo de todas las etapas de la asociación prevista, así como de los suministros, servicios u obras que se desarrollarán y adquirirán al final de la asociación prevista.

Así pues, deberá preverse en el momento de redactar los pliegos de cláusulas administrativas que rijan la asociación no sólo el coste estimado de la fase de investigación, lo que ya presenta una dificultad extrema tratándose de un procedimiento que persigue el desarrollo de soluciones innovadoras, sino que se anticipe la cuantía de los eventuales contratos que deriven de la asociación, lo que dependerá, en primer lugar, del éxito de la investigación y en segundo lugar, de la viabilidad en términos de eficacia-eficiencia y coste-beneficio de la solución alcanzada.

Otra de las críticas que puede hacerse a la directiva es la oscuridad en la definición de determinados aspectos básicos de la relación jurídica de la asociación. Así pues, no queda válidamente articulada la posibilidad de combinar la existencia de una asociación entre varios agentes económicos con la existencia de contratos individuales celebrados entre cada uno de los socios y el poder adjudicador, ni los efectos de la resolución de los mismos en relación con los restantes socios. Tampoco queda convenientemente definido el contenido obligacional del contrato individual, el procedimiento para su formalización ni para su resolución, ni siquiera el momento en que el mismo es celebrado, teniendo en cuenta que, en todo caso la asociación para la innovación no es un contrato administrativo sino un procedimiento de adjudicación, con vistas a celebrar ulteriores contratos administrativos de suministro, servicios y obras.

Esta oscuridad se extiende incluso a la regulación del instrumento jurídico en el que debe plasmarse la asociación entre licitadores y poder adjudicador, de manera que no se identifica la naturaleza del pacto o eventuales pactos que celebren los licitadores y el

poder adjudicador ni su régimen jurídico. Incluso se ordena al 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.

Pudiera incluso plantearse en este punto la posibilidad de que pudiera constituirse una “Asociación para la innovación” dotada de personalidad jurídica propia, al margen de la legislación contractual. En una primera aproximación, parece claro que debe descartarse que, a pesar de la denominación escogida por la Directiva, pudiera instrumentarse a través de una persona jurídica de base asociativa. Ello se debe, en primer lugar a que en la asociación para la innovación no se excluye el ánimo de lucro por parte de los socios (principalmente los licitadores que participan a cambio de una remuneración o incluso el poder adjudicador en el caso de que opere en el tráfico mercantil, participando de los eventuales beneficios que genere la asociación) y en segundo lugar, a que la primacía uno de los socios – el poder adjudicador – que puede incluso prescindir de alguno de los socios, rompiendo el principio de igualdad *inter pares* que debe presidir la relación entre los socios¹⁴.

Cabría explorar pues, otras fórmulas para lograr la asociación para la innovación entre un poder adjudicador y uno o varios licitadores.

En este punto cabe volver la vista hacia la regulación de las Agrupaciones de Interés Económico dotadas de personalidad jurídica y carácter mercantil reguladas en la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico.

Quizá este tipo de agrupaciones sea el que reúna un régimen jurídico más acorde con el tipo de vínculo que se pretende. En primer lugar, al margen de la regulación contenida en la Ley 12/1991, de 29 de abril, rigen con carácter supletorio las normas relativas a la Sociedad Colectiva que resulten compatibles

con su específica naturaleza. La Sociedad Colectiva se caracteriza por tener un marcado carácter personalista, dada la importancia que adquiere dentro de la misma la persona del socio, del que interesa no sólo su capital, sino su colaboración personal o trabajo. Así pues, a diferencia de las sociedades de capital, reguladas en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, la condición del socio no es indiferente, no existen acciones o participaciones y su condición de socio no puede ser libremente transmitida sino que debe concurrir justa causa o consentimiento de los demás socios. Asimismo y a diferencia de aquellas, se contempla la figura del socio industrial, cuya aportación a la sociedad se reduce exclusivamente a su trabajo.

En segundo lugar porque la finalidad de la Agrupación es facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios (en este caso, tanto de los licitadores como del poder adjudicador) y dentro de la cual no cabe duda que puede incluirse el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores.

A ello se añade que la Agrupación no tiene ánimo de lucro para sí misma, al margen de los eventuales beneficios que pudieran derivarse de las actividades de la Agrupación que con arreglo al artículo 21 de la Ley 12/1991 serán considerados beneficios de los socios, y se permite que pueda ser repartidos entre ellos en la proporción prevista en la escritura, lo que permitiría cumplir con la exigencia de que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad.

Asimismo, pueden integrarse en las mismas personas físicas o jurídicas que desempeñen actividades empresariales, agrícolas o artesanales, por quienes ejerzan profesiones liberales y por entidades no lucrativas dedicadas a la investigación. En el caso que nos ocupa es claro el carácter no lucrativo de las administraciones públicas y bien pudiera entenderse que la participación de los poderes adjudicadores, en esa actividad puntual, persigue eminentemente un ánimo investigador aunque su finalidad principal sea prestar servicios públicos.

Por último, ya existe un instrumento jurídico que con base en el Reglamento (CEE) n° 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés

14 El artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación determina que la organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo. Serán nulos de pleno derecho los pactos, disposiciones estatutarias y acuerdos que desconozcan cualquiera de los aspectos del derecho fundamental de asociación. Las entidades públicas podrán ejercitar el derecho de asociación entre sí, o con particulares, como medida de fomento y apoyo, siempre que lo hagan en igualdad de condiciones con éstos, al objeto de evitar una posición de dominio en el funcionamiento de la asociación.

económico (AEIE)¹⁵ que permite la asociación de entidades de varios estados miembros de la Unión Europea y posibilita la cooperación transfronteriza que la propia Directiva 2014/24 fija como uno de sus objetivos.

Como conclusión, la principal novedad de la nueva Directiva de contratación pública estriba en la posibilidad de constituir una estructura (cuya naturaleza y régimen jurídico no son definidos por la Directiva) de carácter estable y con vistas a largo plazo en la que un poder adjudicador y uno o varios agentes económicos privados colaboren en la obtención de soluciones innovadoras para satisfacer necesidades públicas que posteriormente serán adquiridas por aquel.

Sin embargo, dicha posibilidad podría instrumentarse mediante la constitución de una Agrupación de Interés Económico en la que una entidad no lucrativa dedicada a la investigación –admitiéndose como tal, cualquier forma jurídica privada que fomente la investigación en la que una Administración Pública pueda participar, y siendo admisible aún con reservas, en el caso de que quien participara fuera la propia Administración Pública de forma directa– pueda concurrir con personas físicas o jurídicas que desempeñen actividades empresariales en la consecución de un desarrollo o mejora de los resultados de la actividad de sus socios.

5. BIBLIOGRAFÍA

- GIMENO FELIÚ, J.M., “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contratos de servicios y el CPP”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 156, 2012, págs. 17-58.
- GIMENO FELIÚ, J.M., “Las nuevas directivas -cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 159, 2013, págs. 39-106.
- GIMENO FELIÚ, J.M., “El ámbito de aplicación de la LCSP: Tipología contractual y negocios jurídicos excluidos”. *Cuadernos de Derecho Local*, nº 22, 2010, págs. 43-82.
- GIMENO FELIÚ, J.M., “Novedades en la Nueva Normativa Comunitaria sobre contratación pública”. *Revista de estudios locales*, nº Extra 161, 2013, págs. 15-44.
- GÓMEZ CALERO, J., *Las agrupaciones de interés económico*. Ed. J.M Bosch, Barcelona, 1993.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Contrato de colaboración público-privada”, *Revista de Administración Pública*, nº 170, 2006.
- MONGE, GIL A.L., *Las agrupaciones de interés económico*. Ed. Tecnos, Madrid, 1993.
- PAU PEDRÓN A. *Comentarios a la Ley de agrupaciones de interés económico*. (coord.) Ed. Tecnos. Madrid, 1992
- SÁNCHEZ LAMELAS, A., “El nuevo contrato de colaboración público privada en el ámbito sanitario”, *Derecho y Salud*, Vol. 19, Nº. Extra 1, 2010, pág. 115-123.

¹⁵ Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31985R2137&from=ES>