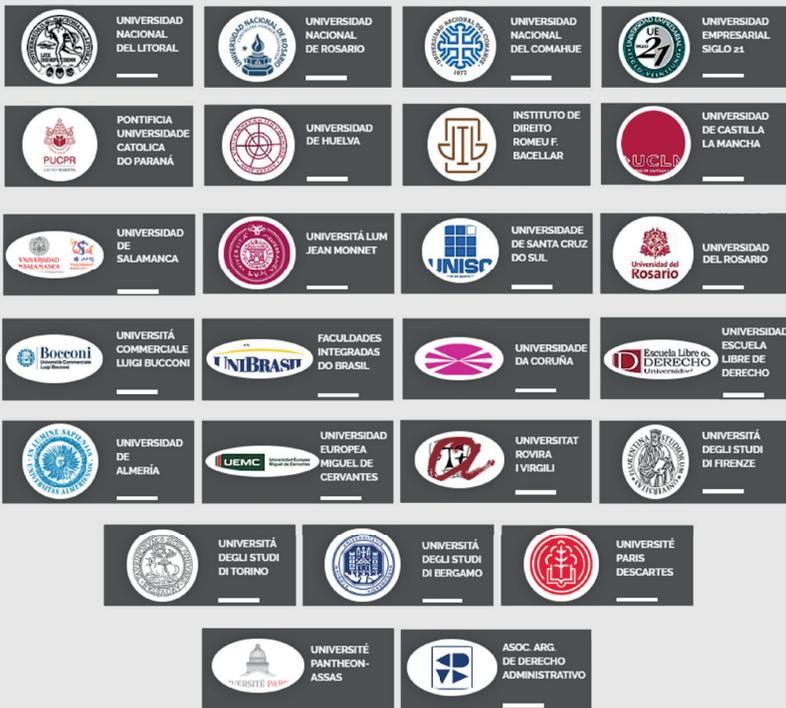


REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 5 | N. 1 | ENERO/ JUNIO 2018 | ISSN 2362-583X
SANTA FE | ARGENTINA | PERIODICIDAD SEMESTRAL

Revista oficial de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
formada por las siguientes instituciones:



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



La asociación para la innovación en sus fases críticas: actos preparatorios, negociaciones y ejecución del contrato

*The association for innovation in its critical phases: preparatory
acts, negotiations, and execution of the contract*

JOSE IGNACIO HERCE MAZA^{1,*}

¹ Universidad de La Coruña (La Coruña, España)
jignacio.herce@gmail.com

Recibido el/Received: 09.07.2019 / July 9th, 2019

Aprobado el/Approved: 02.10.2019/ October 2nd, 2019

RESUMEN:

La Unión Europea lleva fomentando desde hace unos años a través de su fuerza normativa la denominada compra pública de innovación, esto es, la adquisición por parte de los poderes adjudicadores de obras, bienes o servicios innovadores dada su capacidad para dar respuesta a los retos del siglo XXI. El procedimiento de asociación para la innovación constituye la principal manifestación jurídica de esta política europea. Su carácter novedoso y la elevada complejidad técnica del objeto de su contrato hace necesario un estudio meditado de sus principales momentos críticos: los actos preparatorios, el desarrollo de las negociaciones y la ejecución del contrato a través de los preceptos derivados del derecho fundamental a una buena administración.

Palabras clave: innovación; compra pública de innovación; asociación para la innovación; buena administración; contratación pública.

ABSTRACT:

The European Union has been promoting for a few years now, through its normative power, the so-called public procurement of innovation; that is, the acquisition by contracting authorities of innovative supplies, goods or services, given their capacity to respond to the challenges of XXI century. The innovation partnership is the main legal expression of this European policy. Its novel nature and the high technical complexity of the object of this contract require a pondered study of its main critical moments: the preparatory acts, the development of negotiations and the execution of the contract through the precepts derived from the fundamental right to a good administration.

Keywords: innovation; public procurement of innovation; innovation partnership; good administration; public contracts

Como citar este artículo | *How to cite this article:* HERCE MAZA, Jose Ignacio. La asociación para la innovación en sus fases críticas: actos preparatorios, negociaciones y ejecución del contrato. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 5, n. 1, p. 121-137, ene./jun. 2018. DOI: 10.14409/redoeda.v5i1.9230

* Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de La Coruña (La Coruña, España). Doctorando en el programa de Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano de la Universidad de La Coruña. Investigador Asociado en Ius Publicum Innovatio. Abogado.



SUMARIO:

1. Prolegómenos; **2.** La observancia de la buena administración en la contratación pública; **3.** La compra pública de innovación como mecanismo para dar respuesta a los problemas del siglo XXI; **4.** La asociación para la innovación como paradigma de la compra pública de innovación; **5.** El procedimiento de asociación para la innovación: estudio de sus fases críticas; **5.1** Actos preparatorios; **5.2** Desarrollo de las negociaciones y adjudicación; **5.3** Ejecución del contrato; **6.** Conclusiones; **7.** Referencias.

1. PROLEGÓMENOS

El derecho fundamental a una buena administración se muestra como un elemento imprescindible para guiar la actuación de la Administración Pública, nace de conformidad con la premisa de la dignidad de la persona y su papel protagonista en el Ordenamiento jurídico y en la sociedad.

Es especialmente interesante el derecho a una buena administración en aquellas disciplinas del Derecho administrativo que padecen ciertos elementos problemáticos, como la motorización legislativa y la complejidad normativa.

Precisamente una de las materias afectadas por la complejidad y la motorización legislativa es la contratación pública. En estas disciplinas es conveniente contar con una serie de principios claros que actúen como guía para los poderes públicos: en este caso se cuenta con los principios de buena administración y los generales de la contratación pública.

Dentro de una contratación pública técnicamente compleja, se ha visto una ruptura con el paradigma tradicional basado en la idea de que sólo es un instrumento de satisfacción de necesidades para entenderla como un mecanismo de potenciación de políticas públicas. Es aquí donde juega un importante papel la compra pública de innovación, que pretende emplear estratégicamente la contratación pública para desarrollar nuevas ideas que se plasmen en obras, productos y servicios innovadores para un crecimiento económico sostenible. Con ello se mejorará la eficiencia y calidad de los servicios públicos y se alcanzarán ventajas económicas, sociales y medioambientales.

El procedimiento de asociación para la innovación alcanza en la compra pública de innovación un papel protagonista, ya que consta de dos etapas: la fase de desarrollo de la obra, servicio o producto innovador y la fase de adquisición del resultado si se han cumplido los objetivos. A través de este procedimiento se pretende dar un instrumento a la Administración cuando no encuentra elementos en el mercado que puedan cubrir sus necesidades, y para ello, sea necesario iniciar un proceso de investigación y desarrollo.

Es un procedimiento novedoso y complejo. En las dudas hermenéuticas que surgen en relación con su dinámica de funcionamiento es esencial acudir a los valores de la



buena administración y los principios generales de la contratación pública, más aún si cabe, cuando con toda seguridad dentro de unos años será un procedimiento de uso habitual por aquellas -buenas administraciones-. Es por estos motivos por los cuales se estudiará bajo el prisma de la buena administración.

2. LA OBSERVANCIA DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El Derecho fundamental a una buena administración es un elemento esencial a la hora de dirigir la actuación de la Administración Pública. Es un concepto transversal que imbuye la actividad administrativa y que es coherente con la dignidad de la persona y su posición en el epicentro del Ordenamiento jurídico.

No es cuestión baladí su reconocimiento como derecho fundamental en textos legales internacionales, como por ejemplo en la Carta Europea de Derechos Fundamentales o en la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública. Tampoco lo es su reconocimiento como principio general del Derecho en Ordenamientos iberoamericanos y comunitarios. Ha alcanzado, por tanto, una gran relevancia dentro de las normas que regulan el funcionamiento de las Administraciones Públicas¹ y está presente en los debates jurídicos contemporáneos².

Una visión amplia de este derecho fundamental parte de la centralidad de la persona, de su innegable dignidad y de la obligación de los poderes públicos de servir con objetividad a la persona en camino del interés general. En la medida en que la Administración *no puede ser sino buena*³, nos encontramos con un punto de partida que añade consideraciones éticas a la buena administración. Implica calificar el obrar de la Administración *conforme a lo bueno, es decir, a lo que está bien*⁴.

Una buena administración es aquella que toma las decisiones en función de las personas, de sus necesidades colectivas⁵, en función del interés general. El derecho a la buena administración es un genuino derecho fundamental del que derivan otros más concretos⁶.

¹ RASTROLLO SUÁREZ, J. J. "Proyección del derecho a una buena administración en el derecho europeo de contratos públicos: hacia la "buena contratación"", **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá**, 7 (2014), p. 158.

² Se ha afirmado que, afortunadamente, se habla con frecuencia de ella. Vid. MEILÁN GIL, J. L. "La buena administración como institución jurídica" **Revista Andaluza de Administración Pública**, 87 (2013), p. 14.

³ DURÁN MARTÍNEZ, A. "Principio de eficacia y Estado subsidiario", en AAVV, **Liber Amicorum Discipulorumque Cagnoni**, Fundación Cultura Universitaria (Montevideo), pág. 154.

⁴ DELPIAZZO, C., "La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados", **Revista de Derecho. Segunda época**, año 9, nº 10 (2014), p. 42.

⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. & SENDÍN GARCÍA, M.A. **Transparencia, acceso a la información y buen gobierno**, Comares, Granada (España), 2014, p. 7.

⁶ *Ibidem*, p. 2.



La Carta Iberoamericana, en su preámbulo, determina que la *buena Administración Pública es, pues, una obligación inherente a los Poderes Públicos* en cuya virtud el *quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable.*

Por otra parte, la Carta Europea, en su art. 41 establece que *toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.* Este artículo 41 es el resultado de la superación de la concepción inicial que lo calificaba como un principio informador que se estableció a través de la jurisprudencia comunitaria con carácter previo a su reconocimiento como derecho fundamental. En un principio era únicamente un *estándar de comportamiento exigido a la Administración en sus relaciones con los Estados miembros, sus organismos y agentes, o con los propios administrados*⁷.

La buena administración se ha convertido, más que en una protección fundamental en el marco de un procedimiento, en un *conjunto de valores desde los que la ciudadanía juzga hoy la legitimidad de las administraciones públicas*⁸. Unos principios que, dentro del *respeto al Ordenamiento jurídico en su conjunto*⁹, han de desarrollarse.

No es suficiente con que la Administración sirva, administre, con objetividad a los intereses generales, sino que es necesario que lo haga de una manera ética. Este es el punto de vista del que se parte en el presente trabajo, y que, en definitiva, marcará los pasos que permitan analizar las fases críticas del procedimiento de asociación para la innovación.

Puede hablarse de la buena administración de la contratación pública, sobre todo siendo un auténtico medio para la realización de políticas públicas¹⁰. De hecho, en contratación pública nos encontramos ante un concepto de buena administración que no configura un bloque compacto, sino que se encuentra conformado por varios principios que podrían integrarse dentro del genérico de buena administración¹¹. Los principios que lo integran son los que derivan del propio concepto del derecho fundamental a una buena administración, aquellos comunitarios consagrados en la normativa europea en contratación pública y los principios fundamentales de los Tratados. De hecho,

⁷ VIÑUALES FERREIRO, S. "La constitucionalización del derecho a una buena administración en la Unión Europea: ¿nuevas garantías para la protección de los derechos en el procedimiento administrativo?" **Revista de Derecho de la Unión Europea**, nº 28 (2015), p. 325.

⁸ CERRILLO i MARTINEZ, A., **El principio de integridad en la contratación pública**. Aranzadi, Pamplona (España), 2014, p. 24.

⁹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., "La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa", **Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales**, 6 (2013), p. 49 y ss.

¹⁰ MEILAN GIL, J. L. "Una construcción jurídica de la buena administración" **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, 54 (2013), p. 19.

¹¹ MEILÁN GIL, J. L. "El contrato público como unidad" **Actas del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo 2017**, consultado en: <https://bit.ly/2A5qRpW> [Fecha última consulta: 1 de junio de 2018]



estos últimos han sido aplicados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la contratación pública y han sido decisivos para el respeto de principios como los de publicidad, objetividad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos¹². También cabe destacar como principios de especial relevancia los de eficacia, eficiencia y transparencia¹³, a los que se pueden añadir otros como la buena fe o la orientación al servicio real y objetivo del interés general.

La buena administración ha de estar presente en todas y cada una de las fases de la contratación pública. Por ello puede hablarse de una buena administración en los actos preparatorios, en la redacción de los pliegos, en la adjudicación, en el secuestro de una concesión pública por cuestiones relativas al interés general, etc. Sobre todo, siendo esta materia de una elevada complejidad técnica que ha sufrido la legislación motorizada¹⁴.

Dado que es necesario que el administrado pueda estar dotado de cierta previsibilidad y seguridad jurídica en sus relaciones con el Estado y pueda adoptar las medidas necesarias para cubrir hipotéticas contingencias¹⁵ la buena administración se yergue en un elemento fundamental que ha de estar presente en la gestión administrativa de las compras públicas.

3. LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN COMO MECANISMO PARA DAR RESPUESTA A LOS PROBLEMAS DEL SIGLO XXI

Detrás de los postulados de la compra pública de innovación, se encuentra la superación de la concepción tradicional de la contratación pública como un instrumento en manos del sector público para la adquisición de bienes y servicios. Dado su peso en la economía se ha configurado como un elemento potenciador de políticas públicas de diferente naturaleza, entre ellas, la innovación¹⁶.

¹² MORENO MOLINA, J.A. "La construcción jurisprudencial europea de la teoría de los principios generales de la contratación pública y su plasmación posterior en la legislación de la Unión Europea", **Revista General de Derecho Administrativo**, 19 (2018), p. 34.

¹³ RASTROLLO SUÁREZ, J. J. "Proyección del derecho a una buena administración en el derecho europeo de contratos públicos: hacia la "buena contratación"", óp. cit., p. 164.

¹⁴ Para más información, VV.AA **La técnica normativa: una necesidad para la realización de la Justicia**, (coord. RODRÍGUEZ-ARANA, J., GARCÍA MEXIA, P., HERNANDO MÁSEDEU, J. CEU Ediciones, Madrid (España, 2010) y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. **Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas**, Civitas, Madrid (España), 1999).

¹⁵ CASSAGNE, J. C. **Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo)**, Reus, Madrid (España), 2016, p. 67.

¹⁶ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. "La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación (1)", **Contratación Administrativa Práctica**, 153 (Enero-Febrero de 2018), p. 1-2.



Si bien es cierto en el año 2007¹⁷ ya encontramos referencias sobre la necesidad de elaborar estrategias de contratación para desarrollar soluciones a los desafíos del siglo XXI es a través de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 cuando se institucionaliza la *Public Procurement of Innovation*. En su Considerando 47 se señala que la investigación y la innovación se encuentran entre los principales motores del crecimiento del futuro y ocupan un lugar central en la Estrategia 2020, motivando a los poderes públicos a utilizar estratégicamente la contratación pública en la medida en que puede mejorar la eficiencia y la calidad de los servicios públicos y generar numerosas ventajas económicas, sociales y medioambientales. Todo ello sin olvidar que fomenta el desarrollo de nuevas ideas para plasmarlas en productos y servicios innovadores para un crecimiento económico sostenible.

La Directiva 2014/24/UE establece un concepto de innovación en su art. 2.1.22)¹⁸ que pese a ser una visión tradicional se ha visto ampliado en la medida en que caben tanto cuestiones de índole económico-mercantil como cuestiones de otra naturaleza, como son las ambientales y las sociales¹⁹. Y es que el objetivo de la adquisición de productos y servicios innovadores es favorecer el crecimiento futuro y mejorar la eficiencia y calidad de los servicios públicos²⁰.

Con la Compra Pública de Innovación se pretende salvar el vacío existente entre procesos y tecnología de vanguardia y los clientes o usuarios del sector público que puedan ser beneficiarios de dichos bienes, obras y servicios innovadores²¹. Ésta, a diferencia de la subvención, está determinada por la demanda de los clientes públicos y busca desarrollar soluciones concretas para satisfacer sus necesidades²². Cambia la perspectiva que antaño se enfocaba desde la oferta (otorgamiento de subvenciones) a mirarse desde la demanda, de tal manera que será la Administración Pública la que determinará la innovación que quiere que le sea suministrada desde el sector privado.

¹⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre "La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles" COM/2007/0799

¹⁸ ...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"

¹⁹ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. "La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público... óp. cit., p. 3-4.

²⁰ GIMENO FELIÚ, J.M. **El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia**, Aranzadi Thomson Reuters, España (2014), p. 46.

²¹ Procurement of Innovation Platform, **Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación**, p. 6, disponible en <https://bit.ly/2A2ZvAO> [Fecha última consulta: 1 de junio de 2018]

²² *Ibidem*, p. 7.



4. LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN COMO PARADIGMA DE LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN

Es a través de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante, Directiva 2014/24/UE) a través de la cual se introduce por primera vez en el Derecho comunitario el procedimiento denominado “asociación para la innovación”. Si bien es cierto no se ha incorporado en el Ordenamiento jurídico español hasta la transposición de la Directiva 2014/24/UE con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de contratos del sector público (en adelante, Ley 9/2017), fue aplicable desde la promulgación de la Directiva como consecuencia del denominado efecto directo de las Directivas comunitarias²³.

Este procedimiento encuentra su justificación en el marco europeo de la compra pública de innovación, y tiene por objeto poner a disposición del poder adjudicador una modalidad contractual que le permita satisfacer sus necesidades relativas a la obtención de obras, servicios o productos innovadores que no estén disponibles en el mercado. Y es que las respuestas a los nuevos desafíos contemporáneos *son tan exigentes desde el punto de vista tecnológico que o bien no existen aún soluciones comercialmente estables en el mercado, o bien las soluciones existentes presentan deficiencias que exigen más I+D*²⁴. También pretende solventar la problemática de la compra pública comercial, dado que en aquella la compra de los resultados innovadores requería de un procedimiento de adjudicación independiente, generalmente negociado²⁵, y en la asociación para la innovación no será necesario acudir a un procedimiento independiente de compra.

El poder adjudicador, a través de este procedimiento, va a poder dirigir un proceso de contratación hacia una necesidad concreta que revertirá en una mayor eficiencia y sostenibilidad. Se solventa además el problema que padecían los poderes adjudicadores a la hora de elegir soluciones innovadoras derivadas de la rigidez del sistema normativo a la hora de seleccionar al adjudicatario del contrato²⁶.

A continuación, se hará referencia a sus circunstancias generales previstas en la normativa comunitaria, se hará mención a la visión de este procedimiento en la Ley 9/2017,

²³ Vid. MILLÁN MORO, L. “Aplicabilidad directa y efecto directo en Derecho Comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia” **Revista de Instituciones Europeas** (1), 1984.

²⁴ TARDÍO PATO, J.A. “La asociación para la innovación”: contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia, **Revista española de Derecho Administrativo**, 181 (2016). [Rescatado de Westlaw]

²⁵ VV.AA. **Contratación del Sector Público Local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**, (Coords. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., & BOCOS REDONDO, P. Wolters Kluwer, Madrid (España), 2018, p. 895.

²⁶ VV.AA. “Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”, Wolters Kluwer, (España), 2016, p. 65.



y se dibujará, a grandes rasgos, el *inter procedimental* de la asociación para la innovación con carácter previo a estudiar sus fases críticas.

El art. 31.2 de la Directiva señala que este procedimiento tiene por finalidad el desarrollo de productos, servicios y obras innovadores que no se encuentran disponibles en el mercado, así como la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes siempre que respondan a los niveles de rendimiento y costes máximos previstos. No será, por tanto, necesario acudir a un procedimiento de contratación independiente para la adquisición de los resultados de la investigación, abarcando el contrato tanto la investigación y desarrollo como la adquisición de los resultados.

Cuestión compleja de determinar es su naturaleza jurídica. Para algunos no estamos sólo ante un nuevo procedimiento de adjudicación, sino también ante un nuevo contrato²⁷ que, aunque tiene ciertas similitudes con el procedimiento negociado, su función permite afirmar que tiene autonomía y significado propio²⁸. En cualquier caso, podría considerarse como un procedimiento especial, cualificado por algunos trámites que tienen lugar durante la ejecución del contrato más que en la negociación del mismo²⁹. En España se encuentra previsto en los arts. 177 y ss. de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre y no deja de ser un procedimiento nuevo, *ad hoc*, autónomo o específico que tiene una funcionalidad propia³⁰. Ya hemos afirmado que se puede considerar como un procedimiento especial, cualificado por algunos tramites que tienen lugar durante la ejecución del contrato más que en la fase de negociación.

En el Preámbulo del citado cuerpo legal se hace referencia a que el objetivo de este procedimiento consiste en favorecer a las empresas más innovadoras, facilitando la respuesta de la Administración ante aquellas ocasiones en las que es necesario realizar labores de investigación y desarrollo de obras, bienes o servicios innovadores para su adquisición posterior, en los supuestos en los que las soluciones disponibles en el mercado no sean capaces de satisfacer las necesidades de la Administración.

Es conveniente delimitarlo tanto en sus dos estadios, como por cada una de sus fases. El primer estadio es el de investigación y desarrollo, el segundo, es la ejecución de las obras, servicios o suministros. La normativa aplicable al primer estadio es la establecida reglamentariamente, la determinada en los pliegos y la del contrato de

²⁷ TARDÍO PATO, J.A. "La asociación para la innovación": contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia, óp. cit.

²⁸ GIMENO FELIÚ, J. M. "El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia", óp. cit., p. 48.

²⁹ VV.AA. **Contratación del Sector Público Local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**, óp. cit.

³⁰ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. "La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público..." óp. cit., p. 7.



servicios de forma supletoria. En el segundo estadio, se encontrará normado por las correspondientes al contrato relativo a la prestación de que se trate³¹.

Por otra parte, si se delimita por cada una de las fases o etapas del procedimiento de contratación, el desglose resulta ser el siguiente: a) Fase preparatoria, b) Convocatoria del anuncio de licitación, c) Selección de candidatos, d) Presentación de proyectos y desarrollo de negociaciones, e) Adjudicación, f) Constitución y ejecución de la asociación y g) adquisición del resultado.

Tras la realización de los pertinentes actos preparatorios se convoca un anuncio de licitación en el que cualquier empresario puede presentar una solicitud de participación. Una vez se han presentado, el órgano de contratación seleccionará a quienes pueden presentar proyectos iniciales. Una vez seleccionados se convertirán en licitadores aquellos que presenten una confirmación de participación al proceso de negociación (que podrá desarrollarse en varias fases) y finaliza en el nacimiento de la asociación para la innovación. Ya estructurada ésta (que también podrá desarrollarse en varias fases) cada uno de los socios investigará de forma autónoma y paralela la solución innovadora. Para el caso de que se hayan cumplido las expectativas previstas, el procedimiento finalizará con la adquisición de las obras, servicios o suministros resultantes del proceso de investigación.

Deberán respetarse escrupulosamente los principios de la buena administración y de la compra pública en todas las etapas. No sólo debe enfocarse su estudio desde un punto de vista pragmático, sino desde un punto de vista que pretende optimizar al máximo posible el servicio objetivo al interés general conforme a los principios y valores de la buena administración, siempre dentro del respeto al Ordenamiento jurídico. Bien se ha esforzado Rodríguez-Arana³² en señalarlos. No han de olvidarse tampoco los principios comunitarios en materia de contratación³³ y los previstos en los tratados, estando dotados éstos de cierta transversalidad³⁴.

³¹ (art. 117.3).

³² Dentro de los corolarios al derecho fundamental de buena administración destacan los siguientes: principio de servicio objetivo al interés general, racionalidad, igualdad de trato, eficacia, publicidad, seguridad jurídica, proporcionalidad, ejercicio normativo del poder, imparcialidad e independencia, relevancia, coherencia, buena fe, confianza legítima, celeridad, transparencia, ética y cooperación, y de los principios europeos destacan la igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad, transparencia, libre concurrencia, objetividad, imparcialidad, reconocimiento mutuo, motivación de las decisiones, eficacia administrativa, y confidencialidad encontrando éstos un amplio e indudable respaldo en la jurisprudencia comunitaria sobre contratos públicos. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., "La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa", óp. cit., p. 49 y ss.

³³ Estos principios, son, sin perjuicio de otros, como la libre circulación o libre prestación de servicios: la igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad, transparencia, libre concurrencia, objetividad, imparcialidad, reconocimiento mutuo, motivación de las decisiones, eficacia administrativa, y confidencialidad encontrando éstos un amplio e indudable respaldo en la jurisprudencia comunitaria sobre contratos públicos.

³⁴ MORENO MOLINA, J. A., "Principios Generales de la Contratación Pública en el Reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina" **Revista Derecho & Sociedad**, 44 (2015), p. 56



5. EL PROCEDIMIENTO DE ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN: ESTUDIO DE SUS FASES CRÍTICAS

Dicho procedimiento, se ha visto, está dividido en dos estadios y en una serie de fases procedimentales. Si bien es cierto prácticamente todas ellas están dotadas de cierta complejidad dado su carácter técnico, la dificultad en la realización de las valoraciones, el necesario respeto al Derecho en el empleo de potestades discrecionales, etc. hace necesario que se estudie desde la óptica de la buena administración sobre todo en las que podíamos denominar como fases críticas.

Se entienden, a estos efectos, por fases críticas aquellas que están revestidas de una especial complejidad técnica u operativa que dificulta la toma de decisiones o de potestades discrecionales.

Pues bien, se consideran fases críticas las siguientes: los actos preparatorios, el desarrollo de las negociaciones junto con la adjudicación y la ejecución del contrato, es decir, la asociación para la innovación.

5.1. ACTOS PREPARATORIOS

En esta fase se planifica la licitación y se elaboran los pliegos, que sentarán las bases de todo el proceso de licitación y que, según la jurisprudencia, son *lex contractus*³⁵.

Con carácter previo al inicio del expediente preparatorio de licitación, es conveniente efectuar las denominadas consultas preliminares al mercado³⁶ que permite al órgano de contratación obtener asesoramiento para la planificación del procedimiento de licitación en cuestiones tan importantes como la disponibilidad o no de productos que satisfagan las necesidades en el mercado, el establecimiento y concreción del objeto del contrato o de sus características técnicas.

Se justifica acudir a esta figura en la medida en que la carga innovadora requiere de una elevada especialización técnica que el órgano de contratación no ha de tener *per se*. Esta información servirá también para cumplir las obligaciones de motivación que se exigirán al inicio del expediente preparatorio³⁷. De hecho, el informe que detalle el resultado de la consulta formará parte del expediente de contratación³⁸. No ha de perderse de vista que deberá motivarse la necesidad del contrato y la ausencia de respuestas innovadoras accesibles en el mercado³⁹ También habrá de describirse con

³⁵ Así lo han señalado la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª), de 27 de mayo de 2009. RJ 2009/4517 o la STS (Sala 3ª, Sección 7ª), de 17 de octubre de 2000. RJ 2000/8917, entre otras muchas. También encontramos dicha afirmación en las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, como en la RTACRC 219/2016, de 1 de abril.

³⁶ prevista en el art. 115 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre)

³⁷ (art. 28, art. 116, art. 177).

³⁸ (art. 115.3)

³⁹ 177.1.



claridad y precisión cuales son los requisitos o funcionalidades requeridos para cubrir las necesidades de la Administración.

Realizar una consulta preliminar que permita al órgano de contratación conocer la situación real del mercado tiene una especial relación con el principio de eficacia. Con este principio las autoridades han de buscar que la actuación administrativa alcance su adecuada finalidad. También entronca con el principio de racionalidad y el deber de motivación de los actos administrativos y transparencia. El adecuado conocimiento del mercado permite la toma de decisiones de conformidad con los principios de economía y eficacia en la asignación de los recursos.

Por otro lado, son fundamentales los pliegos de contratación, *lex contractus*, cuya configuración será de obligada observancia a lo largo de todo el procedimiento de contratación y que estará disponible para los licitadores en el anuncio de licitación.

Su elaboración, cabe afirmar, es bastante compleja. En relación a los pliegos de condiciones administrativas particulares, el órgano de contratación es ajeno al devenir de lo que suceda en las fases de investigación y desarrollo. En este sentido, muchas de las previsiones serán inevitablemente genéricas y precisarán de un desarrollo posterior en la suscripción de los contratos individuales de asociación o sus modificaciones⁴⁰. En este punto se revela fundamental la búsqueda del servicio objetivo al interés general y una regulación de los pliegos conforme los postulados de la buena fe.

Los pliegos deberán contar además con cierta información de carácter mínimo prevista en el art. 177.1 sin perjuicio de otra información de carácter relevante que ha de ser coherente con las necesidades y procesos de investigación del bien, obra o servicio que se pretende desarrollar. Algunas de estas disposiciones que han de regularse además de las previstas en el art. 177 son, entre otras, su duración, el número máximo de participantes, el número de etapas de la fase de selección, los objetivos a alcanzar en cada una de sus fases, los criterios que permitan acreditar su cumplimiento o las retribuciones y compensaciones, Asimismo, también habrá que determinar los términos con arreglo a los cuales se compararán los resultados de la investigación⁴¹.

La Administración deberá atender en esta fase, la fase preparatoria, el efectivo cumplimiento de los principios de eficacia, racionalidad y motivación de los actos administrativos. No deberá perder de vista tampoco el principio de cooperación y la búsqueda del servicio objetivo al interés general desde las previsiones de la buena fe en la imposición de criterios y cargas contractuales.

⁴⁰ VV.AA. **Contratación del Sector Público Local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**, óp. cit.

⁴¹ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. "La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público..." óp. cit., p. 10.



5.2. NEGOCIACIONES Y ADJUDICACIÓN

Habiéndose presentado ya las solicitudes de participación, el órgano de contratación efectuará una serie de verificaciones para determinar la aptitud para contratar de quienes las presentaron y deberá valorar quienes podrán formar parte del proceso de negociación. Para realizar dicha selección será necesario aplicar criterios objetivos de solvencia relativos a la capacidad de los candidatos en a) la investigación y el desarrollo y b) en la aplicación de soluciones innovadoras (art. 178.3). Una vez hecha la selección de candidatos, se enviará una invitación a confirmar el interés de participación a los invitados. El siguiente paso será la presentación de los proyectos de investigación y el desarrollo de las negociaciones.

Esta fase presenta numerosas similitudes con los procedimientos negociados previstos tanto en la Directiva 24/2014/UE como en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre. La presentación de proyectos de investigación e innovación son el equivalente específico a la tradicional presentación de las ofertas. Es, en definitiva, una presentación de oferta inicial que será sometida con posterioridad a negociación de conformidad con lo previsto en los pliegos. Estos proyectos pretenderán responder a las necesidades determinadas por el órgano de contratación, que no pueden ser satisfechas en el mercado y que requieren de una fase de investigación para su desarrollo.

Es considerada también una fase crítica debido a la complejidad que se presenta para los participantes. Al no tener un objeto perfectamente delimitado dado su carácter innovador, será prácticamente imposible efectuar una oferta precisa. En consecuencia, los proyectos de investigación serán las primeras ideas o propuestas de solución a esa necesidad⁴². En esta fase, los órganos de contratación negociarán con los candidatos las ofertas presentadas salvo la oferta definitiva (art. 179.3) siempre conforme lo previsto en los pliegos.

Los candidatos podrán ir realizando posteriores modificaciones en los proyectos sucesivos de tal manera que vayan perfeccionando su contenido hasta alcanzar el proyecto final, que será el evaluado por el órgano de contratación en la adjudicación.

Si se han articulado las negociaciones mediante una sucesión de fases, poco a poco podrán ir reduciéndose las ofertas con las que negociar mediante la expulsión de los proyectos que no cumplan lo previsto en los pliegos.

En esta fase será necesario también observar los principios de buena administración. Deberán respetarse, entre otros, el principio de igualdad entre los negociadores, la libre competencia, la independencia y el principio de confidencialidad de los datos

⁴²VV.AA. **Contratación del Sector Público Local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**, óp. cit. 2018, p. 903.



comunicados a los candidatos⁴³. También resultaría conveniente que las negociaciones se llevaran a cabo con celeridad.

Cobra cierto protagonismo la fase de adjudicación tras la evaluación de los proyectos definitivos dada la complejidad de valoración del grado de innovación. La adjudicación deberá realizarse aplicando el criterio de la mejor calidad-precio conforme lo previsto en el art. 145.2 y lo establecido en los pliegos (art. 179.2). El planteamiento más conveniente será el que atienda a la mejor relación coste-eficacia sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida. En la adjudicación en este procedimiento deberá darse más valor en términos relativos a los aspectos técnicos e innovadores más que al precio⁴⁴.

En la adjudicación será fundamental preservar el servicio objetivo al interés general, la imparcialidad y la evitación de injerencias externas y desviación de poder. En este tipo de valoraciones, la denominada discrecionalidad técnica ha de ejercerse siempre a favor del interés general, por lo que el deber de motivación se revela como prioritario para garantizar el derecho a una resolución justa. Será en la adjudicación dónde se concreten los términos definitivos del contrato (art. 148.3).

5.3. EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Esta fase es un ejercicio de preparación que permite al comprador filtrar los riesgos de la investigación asociados a posibles soluciones alternativas antes de comprometerse a contratar producciones comerciales a gran escala.

Se estructurará en varias fases sucesivas que responderán de manera coherente a las etapas del proceso de investigación. Para su seguimiento se establecerán una serie de objetivos intermedios que han de cumplir los miembros de la asociación y proveerá el pago de la retribución en plazos adecuados (art. 180.1) Cada miembro de la asociación investigará de manera particular y en paralelo a los demás, siendo respetada, en todo caso, la confidencialidad de dichas propuestas (art. 180.2).

Es fundamental para esta fase haber articulado adecuadamente el procedimiento, así como la realización de un seguimiento exhaustivo en lo relativo a su avance (art. 182). El órgano de contratación no revelará a los otros socios las soluciones que se han propuesto u otros datos confidenciales que comunique un socio sin mediar acuerdo suyo.

⁴³ Tanto la Directiva 24/2014/UE (art. 31.4) como la Ley 9/2017, de 8 de noviembre (art. 179.5 y 179.6) establecen previsiones en relación a la igualdad de trato y confidencialidad, que se merecen una especial mención. Durante la negociación, el órgano de contratación deberá velar por la igualdad de trato entre todos los licitadores y no revelarán a los demás participantes en la negociación los datos confidenciales comunicados por un candidato o licitador participante sin su acuerdo previo

⁴⁴ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. "La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público... óp. cit., p. 11.



Es imprescindible que en su diseño y configuración a través de los pliegos, en particular su duración y el valor de las diferentes fases de investigación, sean reflejo del grado de innovación de la solución propuesta y de la secuencia de actividades necesarias para el desarrollo de la solución innovadora que no puede obtenerse en el mercado.

Se establecerán una serie de requisitos de rendimiento en cada etapa de investigación. Dado que en esta fase se irán realizando valoraciones que pueden desembocar o bien en la resolución de la asociación, o bien en la reducción de sus participantes, deberán respetarse principios como el de servicio objetivo al interés general, imparcialidad, objetividad, racionalidad y motivación, igualdad de trato o eficacia. El grado de innovación deberá valorarse de conformidad con el principio de proporcionalidad y en cualquier caso, a través de un ejercicio normativo del poder.

El órgano de contratación deberá ser responsable en el ejercicio del seguimiento y verificar paulatinamente el cumplimiento de los objetivos fijados e ir filtrando a quien no cumpla los objetivos. Estas decisiones deberán adoptarse con objetividad, en seguimiento estricto a lo previsto en los pliegos y de conformidad con los postulados de la buena administración.

Deberán respetarse los principios de la buena administración tanto en el seguimiento del desarrollo de la asociación para la innovación como en la evaluación del cumplimiento de los objetivos que se han previsto para las fases de la investigación. Hay que tener presente que en esta fase se realizarán valoraciones conforme a criterios susceptibles de juicios de valor. Es necesario tener en cuenta también que la elevada complejidad en la determinación de los grados de innovación puede generar incertidumbres decisionales en el órgano de contratación.

6. CONCLUSIONES

Se ha visto como el derecho fundamental a una buena administración es un concepto omnicomprensivo que abarca toda la realidad jurídico-administrativa. Este principio dota no sólo de un principio ético de actuación a las administraciones, sino que otorga al administrado una importante capacidad de previsibilidad y seguridad jurídica en lo relativo a la actuación de la Administración Pública.

El papel de la buena administración y de los principios generales del derecho en contratación pública se hacen especialmente necesarios sobre todo en aquellas cuestiones complejas, de incertidumbre hermenéutica o dificultades en su aplicación. Un buen ejemplo de ello lo encontramos en la compra pública de innovación. Si la buena administración ha de estar presente en todas y cada una de las fases de la contratación pública, deberá estar presente con más fuerza, si cabe, en procedimientos complejos y en sus fases críticas.



En el seno de una compra pública de innovación entendida como un mecanismo para dar respuesta a los nuevos retos y problemáticas del siglo XXI nace el procedimiento de asociación para la innovación.

Tiene por objetivo desarrollar productos, servicios y obras innovadores no disponibles en el mercado, así como su compra posterior si cumple los niveles de rendimiento y costes previstos. Si bien es cierto no hay una opinión unánime en relación con su naturaleza jurídica, cabe apreciarlo como un procedimiento especial, cualificado por algunos trámites que tienen lugar durante la ejecución del contrato. Un procedimiento autónomo o específico con una funcionalidad propia.

Se divide en dos estadios, uno de investigación y desarrollo y otro de ejecución de obras, servicios o suministros y consta de varias fases sucesivas. En todas estas fases deberá respetarse de manera escrupulosa los principios antes mencionados y orientarse su dinámica siempre al servicio objetivo del interés general.

Destaca su objeto de contrato técnico, complejo, así como el elevado número de valoraciones sometidas a un juicio de valor que ha de realizar el órgano de contratación. Son especialmente críticas la fase preparatoria del contrato, las negociaciones y la adjudicación, así como la ejecución del contrato, la asociación para la innovación.

Especialmente cuidadosa ha de ser la administración en la determinación y justificación de sus necesidades y del objeto del contrato, para lo que deberá ayudarse de las consultas preliminares del mercado. Misma precaución ha de prestarse en la redacción de los pliegos, ya que condicionarán todo el desarrollo de la asociación para la innovación y es el órgano de contratación ajeno al devenir de lo que suceda en la fase de investigación. Si se hace así, se cumplirán con los principios de eficacia, racionalidad, motivación, transparencia, servicio objetivo al interés general y buena fe.

Por otra parte, en la fase de negociación (muy similar a la de los procedimientos negociados) se presentarán proyectos de investigación e innovación iniciales, se irán sucediendo proyectos mejorados progresivamente hasta desembocar en el proyecto final, que será valorado para la adjudicación. Aquí nos encontramos de nuevo con grandes problemas a la hora de la realización de las valoraciones, dado lo complejo que es determinar los diferentes grados de valoración de cada una de las propuestas. Por ello deberán observarse los principios de igualdad, libre concurrencia, independencia, confidencialidad, así como eficacia y celeridad.

Finalmente, en la fase de asociación para la innovación, el comprador podrá filtrar los riesgos asociados a la investigación asociados a posibles soluciones antes de comprometerse a contratar producciones comerciales. Cada uno de los miembros investigará por separado para alcanzar la solución innovadora requerida. Esta fase estará mediatizada en gran medida por lo previsto en los pliegos. deberán respetarse principios como el de servicio objetivo al interés general, imparcialidad, objetividad, racionalidad y motivación, igualdad de trato o eficacia. El grado de innovación deberá valorarse de



conformidad con el principio de proporcionalidad y en cualquier caso, a través de un ejercicio normativo del poder.

7. REFERENCIAS

CASSAGNE, J. C. **Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo)**, Reus, Madrid (España), 2016.

CERRILLO i MARTINEZ, A., **El principio de integridad en la contratación pública**. Aranzadi, Pamplona (España), 2014.

DELPIAZZO, C., "La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados", **Revista de Derecho. Segunda época**, año 9, nº 10 (2014).

DURÁN MARTÍNEZ, A. "Principio de eficacia y Estado subsidiario", en AAVV, **Liber Amicorum Discipulorumque Cagnoni**, Fundación Cultura Universitaria (Montevideo).

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. **Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas**, Civitas, Madrid (España), 1999).

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

MEILÁN GIL, J. L. "La buena administración como institución jurídica" **Revista Andaluza de Administración Pública**, 87 (2013).

MEILÁN GIL, J. L. "Una construcción jurídica de la buena administración" **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, 54 (2013).

MEILÁN GIL, J. L. "El contrato público como unidad" **Actas del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo 2017**, consultado en: <https://bit.ly/2A5qRpW> [Fecha última consulta: 1 de junio de 2018]

MILLÁN MORO, L. "Aplicabilidad directa y efecto directo en Derecho Comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia" **Revista de Instituciones Europeas** (1), 1984.

MORENO MOLINA, J. A., "Principios Generales de la Contratación Pública en el Reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina" **Revista Derecho & Sociedad**, 44 (2015).

MORENO MOLINA, J.A. "La construcción jurisprudencial europea de la teoría de los principios generales de la contratación pública y su plasmación posterior en la legislación de la Unión Europea", **Revista General de Derecho Administrativo**, 19 (2018).

RASTROLLO SUÁREZ, J. J. "Proyección del derecho a una buena administración en el derecho europeo de contratos públicos: hacia la "buena contratación""", **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá**, 7 (2014).

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., "La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa", **Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales**, 6 (2013).



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

TARDÍO PATO, J.A. "La asociación para la innovación": contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia, **Revista española de Derecho Administrativo**, 181 (2016). [Rescatado de Westlaw]

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. "La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación (1)", **Contratación Administrativa Práctica**, 153 (Enero-Febrero de 2018).

VV.AA. "Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública", Wolters Kluwer, (España), 2016.

VV.AA. **Contratación del Sector Público Local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**, (Coords. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., & BOCOS REDONDO, P. Wolters Kluwer, Madrid (España), 2018.

VV.AA **La técnica normativa: una necesidad para la realización de la Justicia**, (coord.. RODRÍGUEZ-ARANA, J., GARCÍA MEXIA, P., HERNANDO MÁSDEU, J. CEU Ediciones, Madrid (España, 2010)

VIÑUALES FERREIRO, S. "La constitucionalización del derecho a una buena administración en la Unión Europea: ¿nuevas garantías para la protección de los derechos en el procedimiento administrativo?" **Revista de Derecho de la Unión Europea**, nº 28 (2015).