

GIMENO FELIÚ, José María, *La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, 388 pp.

Tras diez años de vigencia de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, el 9 de noviembre de 2017, es publicada — BOE núm. 272— la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

A partir de ese momento la doctrina administrativa se ha volcado, sapientemente, a analizar los nuevos alcances propuestos por la actual ley y que en definitiva intentan explicar una materia tan compleja como la contratación pública.

En este sentido, el profesor GIMENO FELIÚ, nos brinda una monografía completa y rigurosa que dogmáticamente aborda, como indica el subtítulo de la obra, las «*principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*» que produce la actual legislación. El rigor académico del profesor GIMENO FELIÚ no es una novedad. El autor es sin duda uno de los más reconocidos expertos nacionales e internacionales en materia de contratos públicos y esto se hace patente tanto en el contenido de la obra reseñada así como en su estructura. Cabe señalar que la obra ahora comentada, así como indica su autor en la Nota Previa, «tiene su origen, con carácter principal, en el Capítulo I del libro colectivo (dirigido por el mismo autor), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018».

La obra se compone de dos capítulos además de una introducción y un epílogo reflexivo. Sin duda se trata de una obra de gran interés académico, principalmente porque no solo admite la visión práctica de la materia sino, también, porque incide sobre una necesaria reestructuración de la organización administrativa que permita transformar la perspectiva de la gestión pública por lo menos en materia de contratos públicos.

En la introducción, el profesor GIMENO FELIÚ profundiza en las condiciones que han impulsado la necesaria reforma europea de la contratación pública. En este sentido y aunque someramente, es trascendental señalar que en el ámbito europeo, las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, inciden en la modernización de todo el sistema público de contratación que fundamentalmente debe de responder a las especialidades que dimanar del contexto de globalización económica.

Naturalmente, esta realidad no debe culminar en una liberalización desenfadada que, en caso de que así fuera, y en materia de contratación pública especialmente, podría disminuir la necesaria transparencia.

Precisamente en este escenario, la obra se dedica a analizar la contratación pública como una estrategia que finalmente tiene como propósito prevenir aquellas dinámicas de corrupción que sin duda serían lesivas por el entero sistema de contratación pública (argumento este último especialmente conocido por el autor que, por ejemplo, afrontó sapientemente en el trabajo «*La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad*» en la obra colectiva que dirigió con Julio TEJEDOR BIELSA y Manuel VILLORIA MENDIETA, titulada «*La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*», Atelier, Barcelona, 2016, págs. 247-300).

Así es, en definitiva, aquellos principios que identifican la transparencia y el buen gobierno y que en España observamos con la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, encuentran cierta adaptación al sistema de contratación del que se ocupa la introducción de la obra y que en definitiva busca explicar los indicadores que colaboran en la construcción de una nueva gobernanza pública.

Testimonio de esto es, por ejemplo, la eliminación, en la actual Ley 9/2017, del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía así como la nueva regulación del contrato menor que mediante nuevos parámetros procedimentales parece ser más restrictiva con respecto a la legislación anterior.

Naturalmente, lo hasta ahora afirmado debe ser ajustado a la perspectiva europea en materia de contratación pública sin olvidar el recorrido que la misma Unión Europea hizo para plantear las directivas citadas que actuaron como base obligatoria de la Ley 9/2017.

En este sentido, la obra hace hincapié en *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE* de 2011, que precisamente actúa como quizá el primer instrumento de recopilación pública de los cambios legislativos que así aportan una mayor facilitación y flexibilización en la adjudicación de los contratos públicos.

Seguidamente, la obra reseñada se ocupa de desgranar la Resolución de 25 de octubre de 2011 que el Parlamento Europeo dicta en materia de modernización de la contratación pública. Finalmente, se mencionan y analizan los proyectos de nuevas directivas —posteriormente aprobadas como Directivas 23, 24 y 25 de 26 de febrero de 2014— dirigidas principalmente a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales [COM (2011) 895 final], proyecto de directiva en materia de contratación pública [Bruselas, 20 de diciembre de 2011, COM (2011) 896 final 2011/0438 (COD)] y proyecto de directiva en

...

materia de adjudicación de contratos de concesión [Bruselas, 20 de diciembre de 2011, COM (2011) 897 final 2011/0437 (COD)].

El segundo capítulo, entra de pleno en la transposición de las Directivas europeas en el ordenamiento español que como es sabido se transponen mediante la iniciativa legislativa ordinaria, por lo tanto según tiempos bastante largos. Ha resultado interesante la lectura de «Los trámites del proceso de transposición en España». El profesor GIMENO FELIÚ hace un recorrido puntual acerca del camino que las Directivas han tenido que hacer en el ámbito del ordenamiento legislativo español. Un camino iniciado el 17 de abril de 2015 con la aprobación en el Consejo de Ministros, de los Anteproyectos de modificación de la legislación de contratos públicos en España y terminado, por lo menos en materia de contratación pública y de contratos de concesión, con la aprobación, el 19 de octubre de 2017, de la Ley de Contratos del Sector Público. Dicho recorrido no ha sido exento de complejidades, la mayoría de las cuales debidas a una cierta inestabilidad política que España sufrió en ese periodo. Precisamente en este contexto y debido a la terminación prematura de la legislatura, no fue posible transponer la directiva sobre contratación de entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Una vez sentadas las bases de la transposición, el autor se dedica a hacer una valoración inicial acerca de la nueva ley de contratos del sector público. En este sentido, la obra afronta la dimensión del principio de integridad, la contratación socialmente responsable y la calidad en la contratación pública. Sin duda tres pilares que nos otorgan una parte importante de la identidad de la nueva ley.

Sugiere el autor —reconociendo el contenido de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción— que la integridad «forma parte del derecho a una buena administración», cumpliendo además el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que reconoce el derecho a una buena administración. El artículo 1 de la Ley 9/2017 se ocupa precisamente de formular este principio aunque, no se esconde el autor en decirlo, la referencia a este principio pasa un tanto desapercibida y aconseja que su redacción sea «más didáctica». Se trata de una afirmación totalmente certera. El principio de integridad representa el elemento *cardinal* sobre cuyo eje debe girar el problema de la corrupción en el ámbito de la contratación pública, por eso, debe asumir una posición de mayor relevancia en la Ley 9/2017.

En materia de contratación socialmente responsable, el autor emprende un estudio que finalmente considera las políticas de desarrollo sostenible como impulso necesario al tejido empresarial de las PYMEs. En este sentido, la nueva ley de contratos públicos ofrece una novedad sustancial. Así, el artículo 1.3 de la ley introduce criterios sociales y medioambientales que naturalmente

deben guardar una relación con el objeto del contrato. Señala el autor que precisamente en este escenario estratégico, la nueva ley permite abandonar aquella burocratización que era propia de la anterior normativa.

El segundo capítulo se concluye con el análisis de la calidad en la contratación pública, definitivamente un nuevo paradigma que una vez más se incorpora en la nueva estrategia que quiere brindar la legislación transpuesta. El autor afirma que la calidad en los contratos públicos no supone un mayor gasto así como no incide en el principio de eficiencia. Precisamente este último principio permite encauzar los fondos públicos haciendo que esto contribuya a una mejor eficiencia de la actividad contractual y operacional de la Administración pública.

La Ley 9/2017 permite, quizá por primera vez, descifrar y apreciar el binomio calidad y rentabilidad, un factor conocido en el ámbito de las relaciones empresariales entre particulares, pero inexplorado, por lo menos en profundidad, en el entorno público.

El tercer capítulo, el más extenso, permite al lector entender los elementos trascendentales de la nueva Ley de Contratos del Sector Público. La primera aportación en este sentido es el análisis del poder adjudicador y sus consecuencias prácticas. Las directivas europeas trasladan la exigencia de que la Ley de Contratos del Sector Público se aplique a todos los poderes adjudicadores, por eso, la medida es trascendental en la nueva normativa nacional. En este sentido, la misma ley, aunque no defina el concepto de poder adjudicador, otorga un listado bastante amplio de los que deben ser considerados poderes adjudicadores (artículo 3.3). La enumeración citada se enmarca en lo que el encabezado del artículo 3 denomina «ámbito subjetivo» así que en esta misma norma se identifican las entidades que forman parte del sector público (artículo 3.1) y aquellas que tendrán consideración de Administración pública (artículo 3.2).

Señala el autor que resulta de interés la introducción de una «doble faceta» de ciertos entes públicos que pueden ser poderes adjudicadores y operadores económicos como, por ejemplo, las Universidades Públicas. Dicha situación, afirma el autor, acertadamente, se debe a que la normativa europea en realidad no atiende precisamente al elemento subjetivo sino que aplica el concepto objetivo que finalmente busca la mera existencia o no de un contrato público en sentido estricto. Así que, de esta manera, será necesario verificar en qué modalidad actúa la entidad pública, distinguiendo si lo hace como poder adjudicador o como operador económico. Naturalmente en el caso de que lo haga como poder adjudicador, deberá someterse a las normas de la legislación contractual, sin embargo, avisa, GIMENO FELLÚ, si lo hace como operador económico, no se le deberá extender el régimen de poder adjudicador a las actuaciones que deriven del contrato de que es adjudicatario.

...

Tras identificar los negocios excluidos de la calificación de contrato público que finalmente es la consecuencia, por ejemplo, de la transposición de la Directiva 2014/24/UE —véase el considerando 4º—, y que conllevan el estudio de la horizontalidad y de la verticalidad de la cooperación, el autor analiza los nuevos tipos contractuales y su incidencia en la práctica. Este examen tiene su punto de partida en la incorporación en la legislación nacional de los conceptos del derecho europeo. Así que, la tipología de contratos *clásicos*, de obra, de concesión de obra o de concesión de servicios por ejemplo, encuentran, en la nueva ley, un ajuste definitorio que sin duda se ve influenciado por ciertas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asimismo, desaparece el contrato de colaboración público-privada y se regula puntualmente el contrato mixto. En materia de tipología de contratos, el autor de la obra, *apuesta* por una verdadera «nueva dimensión» de la concesión de obras y de servicios que introduce el concepto de riesgo operacional, opción, esta, que, en parte, ha permitido eliminar las figuras del concierto y de la gestión interesada, haciendo que el concesionario asuma los riesgos inclusive aquellos propios de las incertidumbres del mercado que puede traducirse, indica el profesor GIMENO FELLIÚ, en competencia con otros operadores.

La obra, se ocupa seguidamente, de analizar la solvencia y la capacidad de los licitadores. En definitiva, se trata de examinar la aptitud del licitador que como establece el artículo 65.1 de la Ley 9/2017: «Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas». El autor, que naturalmente, no desconoce el alcance teórico de la norma, se ocupa de analizar las implicaciones prácticas de la solvencia que define como «decisivas en la correcta adjudicación y ejecución de cualquier contrato público o concesión». Precisamente en este sentido, el autor afronta la que probablemente es una de las mayores novedades en este escenario, es decir, la solvencia de los licitadores plantea también la «adscripción de medios como complemento necesario a la solvencia que se exige, [es decir], un plus de solvencia».

En materia de procedimiento de adjudicación, el profesor GIMENO FELLIÚ afronta el concepto de mejora de la transparencia. Precisamente la transparencia es el elemento que garantiza la claridad en materia de contratación pública. Es interesante la visión del autor en esta materia ya que plantea la transparencia como un avance necesario que no debe ser entendido como una carga administrativa para las entidades públicas. En la práctica esto se traduce, por ejemplo, en la redacción *crystalina* de los pliegos técnicos así como en una mayor vigilancia en los procedimientos simplificados que no deben ser utilizados como medios para contratar indebidamente.

Asimismo, la obra aborda los criterios de adjudicación haciendo especial énfasis en el binomio calidad-precio. En materia de calidad, se trata de establecer una serie de criterios de ponderación que permitan identificar la adecuación de la prestación objeto del contrato público a las características específicas del mismo. En este mismo sentido, señala el autor, que la calidad se convierte en el paradigma necesario que permite comparar adecuadamente las distintas ofertas, haciendo, de esta manera, que se cumpla con el principio de igualdad. Para que todo esto pueda ser cumplido, avanza el profesor GIMENO FELLÚ, es «muy aconsejable establecer umbrales a superar», es decir, unos mínimos que permiten precisamente esta adecuación.

En la vertiente de la adjudicación, es necesario además individuar el precio o mejor dicho el *justiprecio*. Aunque, como se destaca en la obra, el precio, en la nueva legislación, no asume una posición determinante, resulta ser un criterio que, entre otros, colabora en la adjudicación del contrato público. Así que la determinación del precio deberá ser justificada atendiendo al necesario perfeccionamiento del objeto del contrato.

En definitiva, la ponderación calidad-precio debe ser considerada en la medida de que la mejor oferta económica no siempre corresponde a la más adecuada en términos de calidad. Naturalmente, destaca el autor, «el sistema de puntuación deberá descansar en reglas o parámetros de medición previamente explicitados».

En su obra, el profesor GIMENO FELLÚ, aborda también el papel de la investigación y de la innovación que gracias a la legislación europea es hoy una realidad. Precisamente la Directiva 2014/24, permite la adquisición de productos y servicios innovadores que claramente promuevan el crecimiento y la eficiencia de los servicios públicos. En la Ley 9/2017, encontramos las características del procedimiento de asociación para la innovación en el artículo 177 que en sus tres apartados explica el alcance práctico de la norma.

En materia de regulación de los contratos de concesión, el profesor GIMENO FELLÚ se adentra en las novedades que la actual legislación ha introducido. Indica que existen ciertos ajustes técnicos. Por ejemplo, se introduce el concepto de Tasa Interna de Rentabilidad o Retorno (TIR). Así mismo se ha confirmado la regulación de la responsabilidad patrimonial en caso de resolución de las concesiones (RPA), esto sí, ahora resulta ser más estricto. Esto obliga a que los pliegos de licitación se ajusten a la complejidad de la prestación.

En la obra reseñada asume un papel central el control de la ejecución de los contratos públicos que deben encontrar su base en la gobernanza pública. Este escenario debe entonces ser analizado considerando el valor del pliego que regulará las obligaciones y derechos de las partes, el control necesario en la prestación del servicio público (el pliego debe hacer referencia a la figura del responsable del contrato) y el sistema de control de las empresas

adjudicatarias. Como nota de reflexión a esta parte de la obra, el autor, concienzudamente, aboga por una gestión transparente de las concesiones que finalmente permita explicar a la ciudadanía la gestión de los recursos públicos. Este sistema debe permitir una fácil valoración de la gestión contractual que corrija aquellas prácticas que precisamente podrían incidir negativamente en la transparencia.

Tras en análisis de la ejecución de los contratos, el autor se centra en el estudio de las posibles modificaciones contractuales haciendo hincapié en la subcontratación. En el primer caso y aunque la potestad del *ius variandi*, no pueda considerarse como potestad ilimitada, esta constituye una de las más trascendentales prerrogativas de las que goza la Administración pública en el ámbito contractual. Se trata de una potestad excepcional que necesita de un presupuesto habilitante específico y que debe seguir satisfaciendo el interés público. La Ley 9/2017 mantiene las restricciones propias del *ius variandi* y lo hace de una forma que, si cabe, es aún más condicionada que la prevista en las Directivas comunitarias. En materia de subcontratación (artículos 215-217 de la Ley 9/2017), el autor destaca la voluntad de mejorar la transparencia de quienes participan en la ejecución de un contrato público. La novedad, en este sentido, impulsa a que el pliego debe determinar el alcance de la posible subcontratación.

Como no podía ser de otra manera, el autor dedica un apartado del tercer capítulo a la contratación pública electrónica indicando, desde un principio, que debería tratarse de una de las grandes novedades de la legislación de 2017. Así, explica el profesor GIMENO FELIÚ, lo que hubiese podido ser una verdadera novedad, encuentra la disyuntiva con respecto a su aplicación práctica que precisamente en España está «generando problemas, quizá por la ausencia de una adecuada política de transición hacia este escenario».

Termina el capítulo tercero un análisis sobre la nueva regulación del control. Aquí, el autor estudia particularmente el recurso especial y la competencia objetiva de la jurisdicción contencioso-administrativa. La preocupación del autor en materia de transparencia se hace patente en este apartado, pues, indica el profesor la necesaria fortaleza que debe de tener un sistema de análisis de errores que finalmente permita la mayor transparencia posible y por ende, la eficiencia del entero aparato de la contratación pública.

La obra del profesor GIMENO FELIÚ termina con unas reflexiones conclusivas que recorren todo el cuerpo del texto y que ponen de manifiesto aquellos objetivos que el autor ha ido buscando y analizando durante su estudio. Principalmente, el autor aboga por una contratación pública que colabore para lograr una mayor eficiencia, visión estratégica e integridad en la adjudicación de los contratos públicos. En opinión del autor, la Ley 9/2017 acierta —no sin vacilaciones dice el profesor— con las herramientas predispuestas en la

BIBLIOGRAFÍA

legislación *ad hoc*. Mismas herramientas que en definitiva permiten una revisión profunda de la contratación pública. En este mismo sentido, la reflexión del profesor GIMENO FELIÚ, encara la necesaria transparencia del sistema de contratación que finalmente permite el buen gobierno y un cambio en los paradigmas de la gobernanza pública.

Según el autor para poder alcanzar los objetivos anteriormente citados son otrosí necesarios dos escenarios. El primero, la estabilidad del marco normativo que colabore con la seguridad jurídica, el segundo, una estrategia de profesionalización de la contratación pública que evite que la materia pueda verse afectada por una cierta «contaminación política».

En definitiva, concluye el profesor GIMENO FELIÚ, «la nueva Ley de Contratos Públicos de 2017 es, aun con sus debilidades, un paso al frente para reconstruir las murallas del Derecho Administrativo, concebido como garante del interés general al servicio de los ciudadanos».

Gabriele VESTRI