

## RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel: *La adjudicación de contratos en el sector público*, Civitas, Pamplona, 2010, 291 págs.

La complejidad del Derecho de la contratación pública se aprecia como en ninguna otra de sus instituciones en los procedimientos de adjudicación, que, además de ser la verdadera médula de todas las actuaciones contractuales, constituyen el objeto principal de preocupación del *corpus iuris* de la Unión Europea sobre los contratos públicos, tanto de las Directivas como de la numerosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia.

Desde una perspectiva tan crítica con la normativa vigente como constructiva, la monografía del profesor BALLESTEROS MOFFA revisa con lucidez el sistema de adjudicación de los contratos públicos establecido en España por la LCSP.

Las aportaciones doctrinales del libro se manifiestan desde la propia estructura del trabajo, muy bien vertebrada en torno al expediente, la adjudicación, formalización y perfección de los contratos (garantía formal), los criterios de adjudicación (garantía material) y el régimen de impugnación de los actos jurídicos separables (garantía de control) de los poderes adjudicadores.

El enfoque adoptado permite al autor abordar, con la visión siempre puesta en la adjudicación, todos los grandes problemas actuales de la contratación pública en España (ámbito subjetivo y objetivo, utilización de medios electrónicos, recurso especial en materia de contratación, cuestión de nulidad, dualidad en el control jurisdiccional o huida del Derecho administrativo por la proliferación de regímenes especia-

les para las entidades públicas empresariales, de la que tan destacadamente advirtieron FUERTES LÓPEZ y SOSA WAGNER, «La Ley de Contratos del Sector Público y el murciélago», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 743, 2008).

La investigación realizada por el profesor BALLESTEROS maneja *in extenso* tanto la legislación (debe destacarse especialmente el análisis de las disposiciones del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP, así como las referencias a la «tan olvidada» en nuestro país Ley 31/2007 —LCSE—) y la jurisprudencia nacional y comunitaria como la abundante doctrina científica que ha abordado la materia de la contratación pública en los últimos años en general, y en especial que ha estudiado los procedimientos de adjudicación (entre la que cabe destacar los recientes trabajos de J. M. GIMENO FELIÚ, *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Pamplona, 2010, y J. M. CARBONERO GALLARDO, *La adjudicación de los contratos públicos. Procedimientos para la adjudicación de los contratos administrativos y otros contratos del sector público*, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Madrid, 2010, con prólogo de L. PAREJO ALFONSO).

Son de mucho interés las reflexiones del autor en el capítulo 1 sobre la dialéctica entre armonización europea y trasposición nacional, la proyección del principio de libre competencia y la singularidad de nuestro sistema jurídico-público de contratación (págs. 19 a 42), así como en el epílogo del trabajo (págs. 257 y ss.), que vienen en

general a cuestionar seriamente los mecanismos para la lucha contra la corrupción que ha terminado por instrumentalizar la LCSP (al respecto, resultan de consulta imprescindible las publicaciones de J. M. GIMENO FELIÚ, «La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública», *REDA*, 147, 2010, y de T. MEDINA ARNÁIZ, «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública», *Diario La Ley*, núm. 7382, 2010). Y este cuestionamiento lo realiza el autor desde la perspectiva de los bienes jurídicos de competencia, eficiencia y eficacia.

Los riesgos financieros en juego y la estrecha interacción entre los sectores público y privado hacen de la contratación pública una zona expuesta a prácticas comerciales ilícitas, como el conflicto de intereses, el favoritismo y la corrupción. Disponer de mecanismos eficaces que impidan prácticas comerciales ilícitas en la contratación pública no sólo es necesario para asegurar una competencia leal basada en condiciones equitativas y para garantizar el buen uso del dinero de los contribuyentes, sino que puede contribuir también considerablemente al éxito de la lucha global contra el delito económico. En este sentido, hay que destacar que las Directivas sobre contratos públicos vigentes no incluyen normas más específicas para prevenir y sancionar los conflictos de intereses, y disponen de pocas normas específicas para penalizar el favoritismo y la corrupción en la contratación pública. El incremento de las garantías procedimentales contra las prácticas comerciales ilícitas a nivel de la UE podría mejorar el nivel europeo común de protección contra ellas, aumentar la imparcialidad global de los procedimientos y hacer que los procesos de contratación sean menos vulnerables al fraude y a la corrupción.

Esperemos por ello que mejoren el Derecho vigente las próximas reformas de la legislación sobre contratos públicos, que ya se nos vienen de nuevo encima (¿se estabilizará alguna vez este decisivo sector del ordenamiento jurídico?) con la necesaria aprobación de un texto refundido de la LCSP, un reglamento de desarrollo general

de la misma y la normativa autonómica en materia de recursos contractuales.

La propia Unión Europea acaba de iniciar los debates para una reforma de las Directivas 2004/17 y 2004/18 y ha lanzado el «Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente» (COM 2011, 15 final), enmarcado en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010, COM 2010, 2020). En el citado Libro Verde se plantea la necesidad de una modernización de los procedimientos, cuestionándose la adecuación de los procedimientos establecidos en las Directivas para las necesidades de los poderes adjudicadores y los operadores económicos, sobre todo por su complejidad y las cargas administrativas, y por la necesidad de garantizar al mismo tiempo la lealtad de la competencia por los contratos públicos y la optimización de los resultados de la contratación.

La Comisión entiende que resulta imprescindible examinar las distintas opciones de utilización de los procedimientos de adjudicación de los contratos (incluyendo el diálogo competitivo, los sistemas dinámicos de adquisición y las subastas electrónicas), para determinar si los procedimientos previstos en las actuales Directivas siguen siendo las mejores herramientas posibles para una contratación eficiente, en particular con vistas a fomentar las asociaciones entre los sectores público y privado. Tanto el diseño de los diferentes tipos de procedimientos propiamente dichos como los requisitos impuestos por las Directivas para las distintas etapas del procedimiento «deben ser objeto de un examen minucioso respecto a su eficiencia, para que puedan optimizarse los resultados de la contratación con la menor carga administrativa posible» (pág. 16 del Libro Verde).

Otra línea de reforma viene dada por la flexibilidad en los procedimientos de contratación y la admisión de que los poderes adjudicadores negocien las condiciones del contrato con los licitadores potenciales. La utilización de negociaciones está contemplada en el ACP, siempre que se notifique en

el anuncio de licitación. Tal posibilidad podría extenderse en la legislación general de contratación pública de la UE, supeditada a la condición de que se cumplan los principios de no discriminación y procedimiento justo. Pero las posibles ventajas de una mayor flexibilidad y una posible simplificación deben contraponerse con el aumento de los riesgos de favoritismo y, más en general, de que la mayor discrecionalidad de que disfrutarán los poderes adjudicadores en el procedimiento negociado dé lugar a decisiones demasiado subjetivas.

En cuanto a la carga administrativa que conlleva el requisito de verificar los criterios de selección para todos los candidatos y licitadores antes de examinar los criterios de adjudicación, se podría permitir que se examinen primero los criterios de adjudicación, lo que ayudaría a hacer avanzar el proceso con más rapidez, ya que sólo habría que examinar los criterios de selección relativos al licitador ganador. En este aspecto, podría ser conveniente reconsiderar la organización y el orden del examen de los criterios de selección y adjudicación en el marco del procedimiento. Un indicador en esa dirección puede encontrarse en la jurisprudencia más reciente del TJUE, en la que se establece que las Directivas sobre contratación pública «no excluye[n]», en teoría, que la verificación de la aptitud de los licitadores y la adjudicación del contrato puedan tener lugar simultáneamente», a condición de que «ambas operaciones [sean] ... distintas y que se [rijan] por normas diferentes» (sentencias de 24 de enero de 2008, en el asunto C-532/06, *Lianakis*, apartados 27 y 30; y de 12 de noviembre de 2009, en el asunto C-199/07, *Comisión/Grecia*, apartados 51 a 55).

En fin, el Libro Verde también reflexiona sobre las quejas de los poderes adjudicadores pequeños de que aplicar íntegramente el régimen de normas de procedimiento y salvaguardias para la adjudicación de sus relativamente pequeños contratos exige una cantidad desproporcionada de tiempo y esfuerzo. Para los pequeños contratos por debajo de los umbrales de las Directivas, aducen también la inseguridad jurídica en relación con la necesidad de cumplir o no los requisitos derivados del Derecho primario.

La Comisión propone en este sentido establecer un marco procedimental más ligero para los poderes adjudicadores locales y regionales, aprovechando todas las posibilidades de flexibilidad que ofrece el ACP para las entidades subcentrales y los operadores de servicios públicos, sin comprometer el requisito de transparencia. Este tipo de sistema diferenciado daría a las entidades locales más libertad en su actividad de contratación y reduciría las cargas administrativas, precisamente en aquellas áreas en las que podrían ser desproporcionadas.

Entre nuestra doctrina, GIMENO FELIÚ (*Novedades de la Ley de Contratos...*, *op. cit.*, págs. 357 y ss.) ya ha defendido con acierto la necesidad de adoptar una sistemática procedimental y reglas menos burocráticas y más eficientes conjugando adecuadamente los distintos intereses públicos en juego, lo que podría conseguirse con el establecimiento de un verdadero procedimiento simplificado. Y también ha propuesto la conveniencia de revisión de los requisitos de capacidad, solvencia y prohibiciones para contratar, planteando que la subcontratación pueda ser un criterio para valorar la solvencia del operador económico que licita, a la vez que postulando la desaparición del actual sistema de clasificación de contratistas.

En definitiva, no queda sino recomendar la lectura de la obra del profesor BALLESTEROS MOFFA y resaltar la nueva herramienta de que disponen todos los operadores jurídicos para la correcta aplicación del tan complejo como cambiante Derecho de la contratación pública.

José Antonio MORENO MOLINA  
Universidad de Castilla-la Mancha