

PETICIONES DE MODIFICACIÓN DE LA LCSP

INTRODUCCIÓN

La contratación pública (CP) en España se rige desde el 9 de marzo de 2018 por la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP), fruto de la transposición de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/24 y 25 de 26 de febrero de 2014, así como del RDL 3/2020, de 4 de febrero que complementa la trasposición de las directivas y el RDL 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia para afrontar la recuperación económica a partir de los Fondos Next Generation de la UE.

En el año 2014 la Comisión Europea señaló como una de sus líneas estratégicas en materia de CP el aumento de la transparencia, integridad y de mejora de datos tanto a nivel cualitativo como cuantitativo. Otras líneas no menos relevantes son incrementar y facilitar la participación de las PYMES en la CP, así como la contratación estratégica tanto la verde/ecológica como la social.

España, en el preámbulo de la LCSP, también señaló como línea relevante en materia de contratación pública la participación de las PYMES cuando expone: *“Con esta normativa, la Unión Europea ha dado por concluido un proceso de revisión y modernización de las vigentes normas sobre contratación pública, que permitan incrementar la eficiencia del gasto público y facilitar, en particular, la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en la contratación pública (...).”*

Para dar respuesta a estas directrices el Ministerio de Hacienda ha necesitado la intervención de manera coordinada de tres pilares institucionales fundamentales: La Junta Consultiva de CP del Estado (JCCPE), con la participación de las Juntas Consultivas Autonómicas (JCCA) y entidades locales (EELL), La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la CP (OIRESCON) y el Comité de Cooperación en materia de Contratación.

La CP en España y en Europa es de gran importancia, para España representa alrededor de un 20% del PIB y para la UE este porcentaje se sitúa en torno al 19 % del PIB, es decir, unos 2,3 billones EUR. La CP es un motor que genera innovación, genera servicios de calidad, incrementa la productividad de las empresas, mejora el bienestar de la ciudadanía, todo ello es posible si se hace bajo la premisa de la relación calidad precio.

La CP en España está muy atomizada debido a su modelo territorial descentralizado y además debemos tener en cuenta en algunos casos la falta de recursos y formación de

órganos de contratación, lo que puede comportar fraude, corrupción, conflicto de intereses, problemas de colusión, incumplimientos por aplicación incorrecta de la legislación tanto en la motivación y justificación de los pliegos como en la ejecución del contrato.

Las PYMES son mayoría en la economía productiva y real de España. Son un 99,8 % de las empresas y emplean a la mayor parte de las personas trabajadoras, un 62,5 %.

Empresas - datos AGOSTO 2024

Empresas por tamaño					
Empresas Por Tamaño	Número de				
	Empresas	%	Empleo	%	
PYME (0-249 asalariados) inscritas en la Seg.Social	2.923.857	99,8	11.186.486	62,5	
PYME sin asalariados (0 asalariados) ² 2023-4T	1.603.593	54,7	1.603.593	9,0	
PYME con asalariados (1-249 asalariados)	1.320.264	45,1	9.582.893	53,5	
Microempresas (1-9 asalariados)	1.120.704	38,3	3.435.149	19,2	
Pequeñas (10-49 asalariados)	171.880	5,9	3.395.667	19,0	
Medianas (50-249 asalariados)	27.680	0,9	2.752.077	15,3	
Grandes (250 o más asalariados) ¹	5.640	0,2	6.712.446	37,5	
Total Empresas	2.929.497		17.898.932		

Fuente: MINTUR

Este peso en la economía y en la generación de empleo no se ve reflejado en la contratación pública; en España la CP de PYMES no llega al 30%. En este sentido CONPYMES considera necesario y clave para la prosperidad de la sociedad española que se trabaje por parte de la Administración Pública y se legisle con transparencia con el firme compromiso de que lo dispuesto en el preámbulo en referencia a la participación de las PYMES en la CP sea una realidad y no una mera declaración de buenas intenciones. El peso de las PYMES en la economía y en el empleo se tiene que ver reflejado en el porcentaje de CP; de no ser así, algo se está haciendo mal como país.

Desde CONPYMES queremos resaltar las grandes líneas de mejora de la CP para fomentar el acceso de las PYMES como son las siguientes:

- 1.- Mayor información y transparencia
- 2.- División en lotes
- 3.- Estabilidad económica
- 4.- Subcontratación

Por último, tal como hemos reflejado anteriormente, la CP por su gran importancia en el peso económico del PIB debería ser una prioridad para los gobiernos de cada momento el mantener la legislación, o sea la LCSP, totalmente actualizada en períodos no

superiores a un año incorporando jurisprudencia de los Tribunales administrativos, sentencias de Tribunales de justicia tanto nacionales como de la UE y contemplando los dictámenes de entes representativos europeos como puede ser el Comité Económico y Social Europeo (CESE) así como de las diferentes instrucciones, informes y recomendaciones ya sean de las Juntas Consultivas de contratación pública, de la CNMC o de la OIRESCON. En definitiva, CONPYMES solicita a los entes públicos responsables una actitud “de mejora continua” de la LCSP unificando criterios y siendo vinculantes a todas las entidades públicas ya sean de ámbito nacional, autonómico o local.

PETICIONES

1.- RESERVA EN LAS LICITACIONES PÚBLICAS PARA LAS PYMES

En el año 2008 la Comisión Europea publicó la Small Business Act (SBA), cuya Comunicación fue aprobada en el marco general para la política de la UE en materia de pequeñas y medianas empresas (PYME). El objetivo era y sigue siendo el de mejorar el enfoque del espíritu empresarial en Europa, simplificar el entorno normativo y político de las PYMES y eliminar los obstáculos que siguen impidiendo su desarrollo. La Comunicación de la SBA establece un marco integral para la Unión Europea y los Estados miembros basado en diez principios que guíen la concepción y aplicación de las políticas tanto europeas como nacionales.

Desde CONPYMES estamos viendo que han pasado dieciséis años y todavía seguimos con un déficit importante de participación de las PYMES en la contratación pública. Analizando los diez principios de la SBA desde su publicación podemos decir que han habido avances pero que seguimos lejos de posicionar a las PYMES en el lugar que les corresponde.

Todos sabemos la importancia de la compra pública (CP) que, además, es una de las principales herramientas para implementar políticas tal y como nos dice el preámbulo de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) “... *desempeña un papel clave, ya que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos.*”

Si observamos el porcentaje en España de adjudicatarios en importe que son PYMES de los contratos en el segundo semestre de 2023 veremos que es del 29,63 % según la Dirección General de Patrimonio del Estado - Ministerio de Hacienda -, lo que nos indica que está muy por debajo del objetivo lógico de situarse en el mismo porcentaje de la aportación de las PYMES al VAB de España que es del 62% (en la UE es del 56,8% del VAB UE28).

Si el Estado está implementando políticas encaminadas al cumplimiento del principio 5 de la SBA desde el año 2008 sin haber conseguido acercar la participación de las PIMES en la CP al porcentaje del 62 % en importe, podemos decir que los responsables políticos están obligados a dar un giro radical si quieren alcanzar el objetivo que les corresponde a las PYMES.

En el paquete de ayuda a las PYMES contemplado en la COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES (COM (2023) 535 final del 12 de septiembre de 2023) en su punto 3.2.3 Contratación pública, se especifica lo siguiente ...

*“Un acceso más fácil a los mercados de contratación pública puede ayudar a las pymes a liberar su potencial, con un impacto positivo en el crecimiento y la recuperación económica. Una parte importante de la inversión pública se gasta a través de la contratación pública, que representa el 14 % del PIB de la UE. Sin embargo, las pymes tienen dificultades para acceder a la contratación pública. La Comisión ha presentado iniciativas que facilitan el acceso de las empresas, incluidas las pymes, a la contratación pública, también transfronteriza. **El objetivo es aumentar el porcentaje de las pymes en la contratación pública en consonancia con su peso total en la economía.** Para mejorar la participación de las pymes en la contratación pública, será importante fomentar el uso de disposiciones y cláusulas normalizadas en los pliegos de contratación, especialmente para los contratos de bajo riesgo o de escasa cuantía, facilitando a las pymes la tramitación de los pliegos de contratación. Deben fomentarse prácticas que mejoren la participación de las pymes, como la utilización de condiciones adecuadas para las pymes (plazos de pago y cualificaciones financieras más favorables).*

La Comisión:

• Acción 13: fomentará el uso de disposiciones y condiciones normalizadas de contratación pública adecuadas para pymes para mejorar la participación de las pymes en la contratación pública.”

Por todo ello, CONPYMES propone modificar la Ley para que se contemple en las licitaciones públicas una reserva del 25% para las PYMES hasta que su participación en importe llegue a la participación en el VAB que éstas aportan a la economía española. Esta medida podría escalarse en el tiempo y fijar la aplicación según el nivel que le corresponda a cada entidad pública en función de sus adjudicaciones a PYMES con respecto al objetivo a alcanzar en cada etapa del período de ajuste.

2.- INCREMENTOS DEL SMI

Incluir en los pliegos de condiciones de las licitaciones públicas la modificación automática de los contratos si los salarios contemplados en el valor estimado del contrato (VEC) han quedado por debajo del nuevo SMI y con carácter retroactivo a la entrada en vigor del SMI.

3.- MODIFICACIÓN DEL PRECIO DE LOS CONTRATOS

CONPYMES solicita al Gobierno que derogue la Ley 2/2015 de desindexación o la modifique para adecuarla a la situación económica actual.

4.- SUCESIÓN DE EMPRESA

En opinión de CONPYMES, en sectores de mano intensiva (sectores desmaterializados), es inapropiado considerar que una licitación pueda tener la calificación de "sucesión de empresa": no existe transmisión de empresas por faltar el requisito de la voluntariedad, por ello se solicita que el Gobierno actúe ante la UE para modificar la doctrina establecida por el TJUE y, mientras ello no sucede, que Hacienda y la Seguridad Social cuando emitan certificados de deudas contemplen toda la información del contratista saliente en virtud de la Ley de Transparencia.

5.- RENOVACIÓN FORZOSA DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

CONPYMES solicita la modificación del artículo 29.2 de la LCSP con referencia a la renovación forzosa de los contratos para el empresario. Este criterio no está contemplado en la Directiva Europea. Nuestra propuesta es que las prórrogas de los contratos deben ser acordadas por las partes dada la situación de inflación actual de nuestra economía.

6.- VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO

En el presupuesto de licitación se deben contemplar todos los costes de las prestaciones objeto del contrato, así como de las mejoras solicitadas en los pliegos de condiciones.

7.- TRANSPARENCIA

CONPYMES solicita que toda la información, que órganos de contratación aportan y argumentan ante los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, debe de ser objeto de consulta y puesto a disposición de forma electrónica para que el licitador que haya interpuesto un recurso especial en materia de contratación pública pueda tomar la decisión de interponer un contencioso-administrativo si la resolución del Tribunal es contraria a sus intereses.

8.- ASPECTOS SOCIALES

La legislación debería excluir la utilización de subastas electrónicas en las licitaciones de servicios de mano de obra intensiva ya que “no es nada social” subastar salarios de trabajadores.

Por otra parte, deberían quedar excluidas cualquier cláusula social que esté contemplada en el convenio colectivo de referencia ya que de lo contrario quedan afectados los derechos de trato de igualdad entre trabajadores y, por otra parte, creemos que la contratación pública no puede entrar en asuntos que le son ajenos, no le corresponden ni tiene ningún derecho, ya que los convenios colectivos tienen su propia legislación.

También entendemos que sería una muy buena cláusula social que beneficiaría a quien genera el empleo de forma real es que se pusiera en valor y se dieran puntos a las empresas participantes en las licitaciones que acreditaran el máximo número de personal contratado directamente y destinado al contrato (y no se puntuase, evidentemente, el personal de las subcontratas).

9.- DIVISIÓN EN LOTES

En este ámbito, CONPYMES solicita que el informe de Necesidad completo de los expedientes de contratación pública sea incluido en la documentación que conforma los pliegos de condiciones de las licitaciones como un anexo más de información.

También se solicita que los pliegos de condiciones de las licitaciones no limiten las ofertas de un mismo licitador a diferentes lotes (artículo 99.4 a) de la LCSP) ya que ello restringe la competencia que es uno de los principios básicos de la LCSP, y que se obligue a limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador (artículo 99.4 b) de la LCSP).

Por último, la división por lotes tiene que tender a ser por especialidad. Esto comporta que realmente los trabajos, los servicios o los suministros los realice la empresa especialista, con medios y personal propios, sin intermediarios.

10.- ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS

La legislación debería establecer de forma clara que no puede haber control, ni directo ni indirecto, de capital privado en los medios propios, así como que ni una simple adquisición de un porcentaje residual del capital social de una empresa pública creada "ad hoc" se considere como participación en los órganos de gobierno, ya que en algunos casos se ha considerado que tienen un control análogo conjunto al que ostentarían sobre sus propios servicios o unidades.

11.- SUBCONTRATACIÓN

Mientras no exista un régimen sancionador de la Ley de Morosidad, para evitar que el contratista principal no pague al subcontratista en los plazos establecidos en la Ley de Morosidad, los pliegos de condiciones han de incluir que el órgano de contratación verificará los pagos y sancionará al contratista principal si no se han cumplido en plazo los pagos al subcontratista. También podría contemplar el pago directo a los subcontratistas y en este sentido se debería modificar la disposición adicional quincuagésima primera de la Ley 9/2017 sustituyendo el "podrá" por un "debe".

Por otra parte, CONPYMES propone la identificación del subcontratista y las condiciones en que se ha basado el contratista que presenta la oferta a una licitación. No puede suceder que las puntuaciones se establezcan en base a información y características del subcontratista si este finalmente queda apartado del contrato. Por tanto, el responsable del contrato debería verificar que en fase de ejecución se cumpla con la subcontratación prevista en fase de licitación tanto a nivel de empresas como de las condiciones que se fijaron previamente.

12.- CLASIFICACIÓN DE EMPRESAS CONTRATISTAS

El espíritu de la Clasificación de Empresas Contratistas lo que pretende es acreditar la solvencia y determinar la capacidad y especialidad de las empresas para ejecutar de forma directa los trabajos que las Administraciones Públicas licitan. CONPYMES apoya, en este sentido, que en los últimos años se hayan intensificado los requerimientos técnicos, además de los certificados de experiencia, para acreditar la disponibilidad real de medios humanos y materiales, entre otros requisitos, para determinar, de esta forma, la capacidad específica de los contratistas, pero solicita una mejora en los subgrupos de clasificación empresarial adecuadas a la actualidad. Con ello se conseguiría un mayor acceso al mercado de la compra pública de las pequeñas y medianas empresas, especialistas y no generalistas en su mayoría.

En las últimas décadas han ido apareciendo nuevas actividades, nuevas especialidades fruto de la evolución y progreso de la economía y de la sociedad. Estos nuevos trabajos, productos y tecnologías pueden responder a nuevos sectores y mercados -que ya tienen una importancia, peso y grado de competencia importantes- a los que los poderes adjudicadores pueden recurrir. Por este motivo, es posible que se tengan que crear nuevos subgrupos de clasificación para determinar la capacidad y especialidad de las empresas que pueden ejecutar de forma directa los trabajos sin tener que recurrir a la subcontratación por sistema. Ello supondría para la administración una mejor relación calidad precio puesto que se ahorraría el coste de muchas subcontrataciones y trataría directamente con los profesionales que realizan realmente los trabajos.

La creación de estos nuevos subgrupos siempre tendrá que estar avalada y consensuada por las entidades representativas del sector especialista del nuevo subgrupo y la propia Administración de manera que sea clara la mejora en el cumplimiento del espíritu de la Clasificación de Empresas Contratistas, que no es otro, como se ha dicho, que el de acreditar la solvencia y determinar la capacidad y especialidad de las empresas para trabajar de forma directa en el sector público sin afectar a la concurrencia.

13.- VALORACIÓN DE CRITERIOS

CONPYMES solicita que los pliegos de licitaciones que determinan fórmulas de cálculo de la parte económica han de ser proporcionales, ya que en caso contrario van en contra de la LCSP que persigue como uno de los objetivos principales el adjudicar los contratos en base a la mejor relación calidad precio, también solicita que se obligue a los órganos de contratación a incluir en los pliegos de condiciones los criterios sujetos a juicio de valor y que estos tengan un peso mínimo de un 30 % del total de las puntuaciones.

También es muy importante que las puntuaciones se ponderen de tal manera que el reparto de puntos de los no económicos tenga una curva de reparto parecida a los de los económicos.

14.- CONTRATACIÓN MENOR

CONPYMES considera necesaria la revisión total de la contratación menor, para mejorar la regulación que incremente la publicidad previa, a fin de facilitar la participación de las PYMES y dar cumplimiento a uno de los pilares de la LCSP como es la de facilitar la concurrencia. Así pues, se solicita la eliminación del artículo 131.3 de la LCSP que establece se podrán adjudicar directamente los contratos menores ya que se contradice con uno de los principios básicos de la Ley al no contemplar la concurrencia.

15.- MEJORA DE LA PLANIFICACIÓN PRESUPUESTARIA

CONPYMES considera que las AAPP tienen que repartir el gasto presupuestario de forma equilibrada durante todo el año. Para que las PYMES puedan dar estabilidad a sus personas trabajadoras se tiene que procurar, por parte de las AAPP, repartir el presupuesto durante todo el año de forma equitativa. Es evidente que habrá campañas de compra o de servicios o de determinados trabajos que serán estacionales; pero esta estacionalidad no puede responder a

la falta de previsión o planificación de las AAPP (órganos técnicos, políticos y económicos) o a un sistema de planificación presupuestaria mal diseñado.

16.- CONTRATACIÓN PROGRAMADA

CONPYMES propone la modificación del Artículo 28.4 de la LCSP con el siguiente texto:

4. Las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente de los próximos doce meses y de forma continua con actualización mensual mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 de todos los contratos incluidos los menores.

17.- ACUERDOS MARCO

Proponemos mejorar la regulación de los acuerdos marco, un instrumento tan importante en la LCSP sólo tiene 4 artículos por lo que los órganos de contratación utilizan criterios subjetivos a la hora de establecer procedimientos o limitaciones al no estar debidamente regulados, como por ejemplo el “numerus clausus” de empresas a seleccionar en un determinado acuerdo marco. También debería regularse la concentración de adjudicaciones en los contratos derivados de un acuerdo marco, tal y como lo hace en la limitación de adjudicaciones en las licitaciones en que se contemplan varios lotes.

18.- ADECUACIÓN DE LAS GARANTÍAS DEFINITIVAS DE LOS CONTRATOS

CONPYMES solicita que se regule la devolución de las garantías definitivas (5% de los contratos) de forma proporcional para que la garantía cubra sólo el período que resta hasta la finalización del contrato, para las PYMES es muy importante liberarse en todo lo posible de garantías bancarias para disponer de más posibilidades para la obtención de créditos bancarios.

19.- TEST PYME

Finalmente, CONPYMES solicita que una vez se hayan contemplado todas las anteriores propuestas de modificación de la LCSP se confeccione un “TEST PYME” que debería de aplicarse a todos los pliegos de condiciones de las licitaciones públicas para asegurar que se cumplen los requisitos mínimos de ayuda al acceso a la contratación pública para las PYMES.

Madrid, 23 de septiembre de 2024