

09/24/2012

Jose María Gimeno Feliu

"una regulación adecuada de la contratación pública debe tener en cuenta el impacto y rol de las PYMES ya que la mayor participación de las PYME en las compras públicas generará una competencia más intensa por la obtención de contratos públicos"

Es suficientemente conocido que la necesidad de aprovisionamientos de los poderes públicos, en especial las Administraciones Públicas y su entramado institucional tiene no sólo repercusión desde la perspectiva de gestión administrativa sino que se trata de una cuestión de interés estratégico desde una perspectiva macro económica. Eso explica que exista un concreto y detallado marco jurídico que regula los procedimientos de adjudicación en tanto una correcta y leal aplicación efectiva de los principios eficiencia y concurrencia, permiten ampliar el campo de actuación de empresarios y proveedores, lo que necesariamente deberá traducirse en una reducción de costes a través de los efectos de rendimiento de escala, y en un aumento de eficacia como consecuencia de la competencia; así como una mayor posibilidad de elección por parte de los poderes adjudicadores, con ahorro de dineros públicos y mejores satisfacciones desde el punto de vista de los ciudadanos.

En todo caso, y pese a la reciente aprobación de nuestro TRLCSP, y como han puesto de relieve las autoridades comunitarias en la nueva propuesta de Directiva, debe abordarse una reforma que permita cumplir los siguientes objetivos: superar las dificultades relacionadas con el tamaño de los contratos; garantizar el acceso a la información relevante; mejorar la calidad y la comprensibilidad de la información proporcionada; fijar niveles de capacitación y requisitos financieros proporcionados; aliviar la carga administrativa; poner énfasis en la relación calidad-precio y no meramente en el precio; conceder plazo suficiente para preparar las ofertas; velar por que se respeten los plazos de pago.

Estas cuestiones no has quedado suficientemente resultas en nuestro marco normativo vigente. Así, abundando en ciertas debilidades de la actual legislación, entiendo que deben ser objeto de revisión los requisitos de capacidad, solvencia, y causas de exclusión para contratar debiendo destacarse la posibilidad de que la subcontratación pueda ser un criterio para valorar la solvencia del operador económico contratista que licita, a la vez que convendría abandonar el actual sistema de clasificación de contratistas, pues entiendo que, con la nueva regulación comunitaria el sistema hasta ahora vigente deja de ser operativo, cumpliendo su función el Registro de Licitadores que debería tener efecto general y no limitado por territorios/competencia. Adviértase que las PYMES no suelen disponer de gran capacidad administrativa especializada, por lo que resulta imprescindible reducir al mínimo los requisitos administrativos. Debe aprovecharse la oportunidad derivada de la inminente trasposición de la Directiva "servicios" (Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior). Así, por ejemplo, de conformidad con las Directivas sobre contratación pública y a fin de cerciorarse de la aptitud del adjudicatario del contrato, los Estados miembros podrán invitar a los candidatos o licitadores, respecto de la totalidad o parte de las pruebas documentales

consideradas, a que declaren por su honor que reúnen todos y cada uno de los requisitos a los que se supedita dicha aptitud; únicamente el licitador que haya presentado la mejor oferta deberá entonces presentar todos los certificados originales pertinentes dentro de un plazo establecido. No obstante, para que tal procedimiento cumpla el objetivo que persiguen las Directivas sobre contratación pública —esto es, la aptitud del adjudicatario—, los Estados miembros deberán prever un sistema efectivo, proporcionado y disuasorio de sanciones aplicables en el supuesto de que el licitador que haya presentado la mejor oferta no esté finalmente en condiciones de aportar las pruebas documentales pertinentes en el plazo establecido o, peor aún, si se determina que incumple uno o varios de los requisitos a los que se supedita la aptitud de los candidatos o licitadores. En todo caso, si el licitador que presente la mejor oferta no aporta las pruebas documentales pertinentes, no obtendrá el contrato, que podría adjudicarse, sin embargo, al licitador situado en segundo lugar, siempre que esta posibilidad se haya indicado en el pliego de condiciones. Esto permitirá, además, una mayor visibilidad a las oportunidades de subcontratación y garantizar igualdad de condiciones a los subcontratistas. Obviamente la creación de Registros de licitadores a nivel estatal y autonómico con validez de sus certificados para cualquier contrato público que se licite es una medida inaplazable medida de simplificación y ahorro de costes para los licitadores y para dotar de más agilidad a los procedimientos. Registro que debería tener un formato electrónico y ser accesible por medios enteramente telemáticos.

Sin duda, una regulación adecuada de la contratación pública debe tener en cuenta el impacto y rol de las PYMES ya que la mayor participación de las PYME en las compras públicas generará una competencia más intensa por la obtención de contratos públicos, lo que ofrecerá a los poderes adjudicadores una mejor relación calidad-precio por cuanto la mayor competitividad y transparencia de las prácticas de contratación pública permitirá a las PYME desarrollar su potencial de crecimiento e innovación, con el consiguiente efecto positivo sobre la economía europea (no en vano las PYME se consideran en general la espina dorsal de la economía de la UE y, para aprovechar al máximo su potencial de creación de empleo, crecimiento e innovación, debe facilitarse su acceso a los contratos públicos. En este sentido, el Comité de las Regiones de la Unión Europea, en sesión plenaria, realizada el pasado 3 de febrero, ha aprobado el proyecto de dictamen sobre el "Small business act" para Europa: iniciativa en favor de las empresas. En este documento se recogen medidas para facilitar el acceso a los mercados de la contratación pública. Este Dictamen responde a la Comunicación de la Comisión Europea de 25 de junio de 2008 sobre «Pensar primero a pequeña escala» «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas. En esta Comunicación, la denominación simbólica de «Act» de esta iniciativa subraya la voluntad política de reconocer el papel central de las PYME en la economía de la UE y de articular por primera vez un marco político completo para la UE y sus Estados miembros mediante una serie de diez principios que guíen la formulación y ejecución de políticas, tanto a escala de UE como de los Estados miembros; tales principios son esenciales para aportar valor añadido a escala de la UE, crear condiciones de competencia equitativas para las PYME y mejorar el marco jurídico y administrativo de la UE). Así, debería regularse y fomentarse los contratos en lotes que facilita, evidentemente, el acceso de las PYME, tanto en términos cuantitativos (el tamaño de los lotes puede corresponderse mejor con la capacidad productiva de la PYME) como cualitativos (puede haber una correspondencia más estrecha entre el contenido de los lotes y el sector de especialización de la PYME). Por otra parte, la subdivisión de los contratos en lotes, favoreciendo así la participación de PYME, intensifica la competencia, lo que redundará en beneficio de los poderes adjudicadores, siempre que tal subdivisión sea viable y resulte adecuada a la luz de las obras, suministros y servicios de que se trate. Por otra parte, conceder la posibilidad de licitar por un número ilimitado de lotes

presenta la ventaja de no disuadir a los contratistas generales de participar ni desincentivar el crecimiento de las empresas (es la opción de Austria o Francia, por ejemplo, a nivel comparado y de la Sociedad Estatal Expozaragoza2008, más en concreto).

Igualmente, junto con la simplificación procedimental, debería potenciarse la figura de los acuerdos marco con varios operadores económicos y no exclusivamente con un único operador en tanto posibilita organizar «mini licitaciones», abiertas a la participación de las partes en el acuerdo marco, a medida que se vayan haciendo patentes las necesidades de suministro del poder adjudicador. Frente a los mecanismos habituales de licitación, en los que el poder adjudicador busca un proveedor que le suministre todos los bienes durante un período determinado —lo que podría favorecer a empresas de mayores dimensiones—, los acuerdos marco pueden brindar a las PYME la posibilidad de competir por contratos que se hallen en condiciones de ejecutar. Tal es el caso, en particular, de los acuerdos marco que abarcan a un gran número de operadores económicos y están subdivididos en lotes, o de los contratos basados en tales acuerdos marco que se adjudican por lotes.

En todo caso, debe mejorar la información que reciben las empresas a través de las posibilidades que ofrece la contratación pública electrónica (e-procurement). Obviamente la contratación pública electrónica favorece la competencia, ya que facilita el acceso a la información pertinente sobre oportunidades de negocio. Puede, además, resultar especialmente ventajosa para las PYME, ya que les permite una comunicación rápida y barata; así, por ejemplo, puede descargarse el pliego de condiciones y cualquier otra documentación complementaria, sin gasto alguno de copia y envío. Pero esto será así si la información no se encuentra fraccionada en la red con lo que se dificulta -sino impide- al efectivo conocimiento de las licitaciones en curso-. El modelo de la LCSP, ex artículo 175, en tanto deslegaliza las reglas procedimentales para los poderes adjudicadores que no son Administración Pública parece peligrosa pues pueden proliferar distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que pueden ser una barrera de entrada para nuevos operadores económicos, introduciendo, innecesarias dosis de inseguridad jurídica que pueden conducir a la postre a una fragmentación del mercado potenciando la compra del “cercano” e impidiendo el efectivo funcionamiento, por inadecuada concurrencia, de las economías de escala . Ciertamente en estos momentos en España existe la posibilidad de búsqueda de anuncios de licitación a través de portales Web, pero es tal el número (de varios miles) que se dificulta a los licitadores tener una visión de conjunto. Por ello, debería establecerse medidas para su corrección.

Es, además, necesario adaptar el marco normativo a un nuevo escenario adoptando una sistemática y reglas menos burocráticas y más eficientes desde la perspectiva procedimental conjugando adecuadamente los distintos intereses públicos en juego. Y para este objetivo debe diseñarse un procedimiento simplificado para contratos de umbrales no comunitarios sin interés trasfronterizo. Este procedimiento simplificado, con plazo breves y poca carga documental podrá ser utilizados por cualquiera de los poderes adjudicadores a los que se les aplicará la Ley, con independencia de su consideración o no de Administración Pública (este dato es sólo relevante a efectos de que el régimen del contrato sea o no administrativo).

Por supuesto, es ineludible resolver el recurrente tema de la subcontratación que nio puede examinarse como cuestión ajena a la Administración Pública. Hay que promover una mayor y mejor oportunidad de subcontratación garantizando la igualdad de condiciones a los subcontratistas. Y, en todo caso, debe velarse por un pago rápido tras la prestación ejecutada tanto por el poder público como del contratista principal a sus contratistas. Además, los poderes

adjudicadores deberían incluir en el pliego de condiciones cláusulas destinadas a garantizar que los pagos de sus proveedores a los subcontratistas se efectúen oportunamente.

Finalmente, por lo que respecta a la capacidad técnica y profesional que debe exigirse al concretar los criterios de selección que le permitan determinar, debe atenderse, previamente al dato de si un licitador posee la capacidad necesaria para la ejecución del contrato considerado, en lugar de valorar la capacidad general de los licitadores. Pero esa capacidad debe ser perfilada desde el cumplimiento del marco normativo social, ambiental, etc. exigible a las empresas del contexto comunitario con el objetivo de no fomentar la deslocalización empresarial y poder comparar ofertas económicas desde el requisitos previo de empresas “equivalentes” en lo relativo al cumplimiento de las políticas sectoriales articuladas por lo distintos estados de la Unión, lo que no debe entenderse como un proteccionismo sino como un instrumento de tratamiento de igualdad entre las empresas (amparado, por demás en el vigente Tratado GATT). Y es que en modo alguno puede justificarse que la propia recesión económica, en una aplicación absoluta del principio del valor económico de la oferta como elemento de decisión en la compra pública, se traduzca en un proceso de destrucción del tejido productivo empresarial español y europeo, en tanto con tal opción se incrementarán los efectos de la crisis creando una fractura social de difícil recomposición. Es momento de exigir la “calidad” empresarial como parámetro previo para la participación de un proceso de licitación pública, exigiendo como requisito ciertos estándares sociales y ambientales (lo que se traducirá en un ajuste del mercado público a empresas “responsables” aunque el precio final que se obtenga por la prestación sea mayor).

Son por tanto, varias las soluciones que desde un nuevo diseño jurídico de la regulación de la contratación pública se pueden adoptar así, dar efectividad a la finalidad fundamental de la nueva regulación - ser un instrumento útil para facilitar una gestión de los contratos públicos guiada por los principios de transparencia, objetividad, eficacia, eficiencia, buena administración, y adecuación a la realidad administrativa y social en la contratación- favoreciendo cuando menos corruptelas. Además la mayor competitividad y transparencia efectiva de estas nuevas prácticas de contratación pública permitirá a las PYME desarrollar su potencial de crecimiento e innovación, con el consiguiente efecto positivo sobre la economía europea ( no en vano las PYME se consideran en general la espina dorsal de la economía de la UE y, para aprovechar al máximo su potencial de creación de empleo, crecimiento e innovación, debe facilitarse su acceso a los contratos públicos). El nuevo escenario de recesión económica aconsejan, pues, una revisión de nuestra legislación de contratación pública con el horizonte de poder crear un tejido empresarial que genere y mantenga puestos de trabajo pero que respete el marco normativo comunitario y evite inseguridades jurídicas.