

División del objeto contractual en lotes. Delimitación de los lotes a los que se puede licitar y de los que se puede resultar adjudicatario. Medidas a favor de las PYME

05/13/2013

Francisco Blanco López

En España, la contratación pública debe salir del formalismo jurídico y ser considerada, tanto en su regulación legal, como en su práctica por las Administraciones Públicas, en términos de eficiencia. La regulación jurídica de la contratación pública debe asegurar la aplicación de los principios jurídicos básicos que derivan de nuestra Constitución y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Ello no es contradictorio con que se asegure también la eficiencia: entre otros objetivos, que la contratación pública sea una palanca que favorezca la actividad económica de la pequeña y mediana empresa.

Autor: Francisco Blanco López

La crisis económica está devastando el tejido empresarial español. Además, las PYME que superviven lo hacen en contextos contractuales leoninos, aceptando trabajar en régimen de subcontratación con obligaciones desproporcionadas y con plazos de pago por su contratista principal que infringen los términos legales establecidos. El fenómeno se repite en la contratación pública española.

La legislación española de la contratación pública es alérgica a la implantación de medidas activas de protección y ayuda a las PIMES. La relación entre el contratista y el subcontratista es considerada una relación de derecho privado que no debe aflorar en el contrato público. Lo que pase entre contratista y subcontratista no implica al órgano de contratación. Así, el art 227.8 de la Ley de Contratos del Sector Público niega la acción directa que el subcontratista tiene reconocida en el derecho privado en el art 1597 del Código civil.

Es trascendental que la cultura jurídica imperante se abra a una protección activa y efectiva de las PYME en el seno de la contratación pública. Ello no tiene porqué laminar los principios de igualdad de trato y objetividad.

Una de las medidas que más impacto tendría en el objetivo que destaco, es la división del objeto contractual en lotes. En la licitación de contratos con dimensión económica media o alta, la diversificación en lotes del objeto contractual, reduciendo los requisitos de solvencia y la complejidad ejecutiva de la prestación, favorece directamente a las PYME permitiendo que alcancen la condición autónoma de contratistas con derecho a la percepción directa del precio público correspondiente y acumulando una experiencia que les permite acreditar solvencia técnica en sucesivas licitaciones en las que participen.

Así lo ha entendido la Comisión Europea que, en la propuesta de reforma de la directiva 2004/18 que ha elaborado, impulsa decididamente la división del objeto contractual en lotes de forma que en la propia explicación introductoria de la propuesta de directiva afirma que, “Se pedirá a los poderes adjudicadores que dividan los contratos públicos en lotes —homogéneos o

heterogéneos— con el fin de hacerlos más accesibles para las PYME. Si deciden no hacerlo, deberán explicar de manera específica su decisión.”. El Considerando nº 30 de la propuesta que impulsa la Comisión dice así: “Con el fin de favorecer la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en el mercado de la contratación pública, se debe fomentar que los poderes adjudicadores dividan los contratos en lotes, y, en caso de que no lo hagan, deberán estar obligados a especificar los motivos. Cuando los contratos estén divididos en lotes, los poderes adjudicadores podrán limitar el número de lotes a los que un operador económico puede licitar, por ejemplo con el fin de preservar la competencia o garantizar la seguridad del suministro; podrán limitar también el número de lotes que pueda adjudicarse a cada licitador.”

La Comisión Europea pretende que la división en lotes sea lo ordinario de forma que el no hacerlo requiera una motivación del órgano de contratación en el expediente. Sigue así coherentemente un discurso a favor de la PYME y su integración en la contratación pública que ya tuvo un antecedente significado en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones «Pensar primero a pequeña escala» «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas”, COM (2008) 394final, de 25 de junio de 2008, así como el documento de trabajo de la Comisión, “Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”, SEC (2008) 2093, de 25 de junio de 2008.

Pero no es suficiente la simple división en lotes abriendo la posibilidad de una licitación más diversificada. La división en lotes no asegura suficientemente el objetivo perseguido porque si un licitador con grandes capacidades operativas, en cuanto a medios materiales, profesionales y capacidad financiera, decide presentarse a todos los lotes es muy probable que logre una gran concentración de lotes adjudicados a su favor, sino todos ellos. La intención de favorecer la diversificación en varios contratistas en beneficio de las PYME quedaría fácilmente frustrada. Se requiere, por tanto, adoptar medidas aún más activas que no pueden ser otras que permitir que el órgano de contratación establezca, con la proporcionalidad adecuada, los “escenarios” de licitación, pudiendo fijar a cuántos lotes como máximo puede licitar un operador económico para asegurar así una diversificación adecuada de la adjudicación en los diferentes lotes. Se trata de asegurar así una ejecución contractual que no queda dependiente de un único operador, lo que podría perjudicar la correcta ejecución del contrato y además favorecer la adjudicación de lotes de dimensión más pequeña a favor de las PYME. Otra medida complementaria podría ser establecer un máximo de volumen económico adjudicado a partir del cual la adjudicación pasara al segundo licitador según un orden de preferencias que podría fijar el pliego.

La Abogacía General del Estado, en dictamen de 28 de julio de 2006 (ref.: A. G. Entes Públicos 69/06, ponente Raquel Ramos Vallés), entendió esta problemática y, respondiendo una consulta de Red.es, habilitó que en fase de licitación se pudiera limitar la oferta de un empresario a un número máximo de lotes. Sin embargo, consideró contrario al criterio de selección de la oferta económicamente más ventajosa discriminar la condición de adjudicatario por motivo de sobrepasar un volumen económico.

La nueva directiva de contratación pública acabará con estas tibias consideraciones sino incomprendiones e implantará de forma decidida un amplio abanico de posibilidades de favorecimiento de la contratación a favor de las PYME cuando el objeto contractual se estructure en lotes. Recordemos que el procedimiento legislativo ordinario en codecisión entre el Parlamento Europeo y el Consejo está siendo más lento de lo previsto, de forma que la propuesta de la Comisión se publica en el DOUE el 20 de diciembre de 2011 y no es hasta el 30

de noviembre de 2012 que el Consejo de la Unión europea no aprueba la propuesta de la Comisión con determinadas modificaciones. Un extenso artículo 44 de la propuesta de directiva que ha impulsado la Comisión, y que no sufre variaciones significativas en el texto de 2012 aprobado por el Consejo, cuyo título es “División de contratos en lotes”, contiene las siguientes previsiones:

- Obligación de justificar en los contratos sometidos a la directiva y de valor superior a 500.000€ por qué motivo no se divide el objeto contractual en lotes.
- El órgano de contratación puede precisar si los licitadores deben limitar sus ofertas a uno o varios lotes.
- El órgano de contratación podrá limitar la adjudicación de los lotes para un mismo licitador, aunque se hay permitido licitar a todos los lotes. El número máximo de lotes a los que se pueda resultar adjudicatario deberá ser indicado en el pliego y los criterios objetivos y no discriminatorios de distribución de la adjudicación entre varios licitadores.
- El órgano de contratación podrá fijar la posibilidad de adjudicación combinada de varios lotes de forma que si un licitador, aunque en un lote no defienda la oferta económicamente más ventajosa si lo es teniendo en cuenta varios lotes, puedan adjudicársele todos ellos aunque su oferta no esté posicionada en primer lugar en alguno o algunos lotes, en aplicación de los criterios de adjudicación.

Una medida muy inteligente que se prevé en este artículo 44 en la propuesta de la Comisión (que lamentablemente no es apreciada por el Consejo) y que equilibra la eventual dispersión o descoordinación que pudiera plantear la ejecución de un contrato cuyo objeto pese a ser dividido en lotes tiene una unidad funcional o homogeneidad o interdependencia entre las prestaciones contenidas en los diferentes lotes, es que el adjudicatario de uno de los lotes pueda actuar como director o coordinador de la ejecución del conjunto de los lotes.

Este Observatorio ha dado cumplida noticia que, en Cataluña, el Gobierno de la Generalidad acaba de aprobar en su sesión del día 16 de abril de 2013, un listado de 45 medidas para el impulso de la integración de las PYME en la contratación pública. La mayoría son un recopilatorio de lo dicho y escrito en los últimos años. Otras medidas son nuevas pero mal enfocadas como reducir la duración de los acuerdos marco a dos años como máximo (eliminando la eficiencia de ese sistema de contratación) cuando lo acertado sería que el acuerdo marco incluya la contratación de una prestación a partir de un determinado umbral económico dejando escenarios más modestos para otros sistemas de adjudicación contractual más apropiados para las PYME. Como no podía ser de otra manera, otra de las medidas es la elaboración de una Guía de contratación pública para las PYME, idea que ya tuvo el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, publicando una guía en marzo de 2010.

El Parlamento catalán hace más de 10 años ya adoptó la Resolución 1313/VI, de fecha 24 de abril de 2002, que instaba a la adopción por el gobierno de medidas que incrementaran la participación de las PYME en las licitaciones públicas. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa catalana adoptó una recomendación 1/2003 para la concreción de dichas medidas y llamaba a la división del objeto contractual en lotes.

La medida 23 del acuerdo que ahora ha adoptado el gobierno catalán reza así: “Promover la división en lotes de los contratos públicos en atención a criterios geográficos, funcionales o económicos, siempre que sea posible en razón del objeto del contrato”. Diez años después mantenemos las mismas medidas sin balance de las adoptadas anteriormente ni estudio del porqué no logran transformar la realidad. Ha de ser Europa la que advierta que ya no se trata

sólo de la división en lotes sino de asegurar de forma activa la distribución de los lotes entre varios adjudicatarios evitando la concentración de la adjudicación de los lotes en las empresas grandes.

Pero mientras el gobierno catalán recapitula 45 medidas, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, adopta la Resolución nº 55, de fecha 5 de noviembre de 2012, en la que estima un recurso especial declarando contraria a la legalidad una previsión de un pliego de cláusulas de un contrato de servicios de mantenimiento técnico que establecía que el licitador no podía presentar oferta más que a cuatro, como máximo, de los doce lotes en que se dividía el objeto contractual. El órgano de contratación en su informe justificativo de la medida, afirmaba que ello se establecía así para favorecer la participación de la pequeña y mediana empresa, facilitar la concurrencia a empresas que actúen preferentemente en los ámbitos territoriales de los lotes, así como asegurar y evitar que la adjudicación de los lotes pueda recaer en una sola empresa por los riesgos del funcionamiento y en la prestación del servicio que este hecho podría producir.

Estos argumentos del órgano de contratación no convencen al órgano unipersonal de recursos que considera que cualquier limitación que el órgano de contratación considere necesaria para la correcta ejecución del contrato ha de quedar muy justificada y acreditada en el expediente de licitación (sic). Seguidamente se afirma textualmente: “En el caso concreto que nos ocupa no están justificados los posibles problemas en la gestión en el caso que una misma empresa fuera adjudicataria de la mayoría o de todos los lotes.” Se concluye por el órgano unipersonal que la previsión de los pliegos vulnera la libre concurrencia.

Creo sinceramente que no vamos por buen camino. Entre las declaraciones de los políticos y la vulgaridad de los intérpretes de la norma jurídica, no hay forma de que una sola medida en la contratación pública tenga ciertamente una capacidad transformadora.

Pero viene una nueva directiva comunitaria y, como ha ocurrido desde nuestra primera ley de contratos de 1995, mucha tosquedad quedará barrida por el sentido común y práctico del legislador europeo. Es el sentido común de los fenicios dedicados al comercio pero al menos es sentido común.