Observatorio de Contratación Pública

Contratos públicos reservados a micro y pequeñas empresas (MYPE)

13/12/2021

El concepto de PYME ha sido establecido en el anexo I del Reglamento (UE) nº 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014. En la categoría de PYME se incluye:

- Microempresa, ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros.
- Pequeña empresa, ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros.
- Mediana empresa, ocupa a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no supera los 50 millones € o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros.

Facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública es un objetivo de las directivas comunitarias de contratación pública y lógicamente también de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP). El considerando 78 de la directiva 24/2014 comienza afirmando que, “Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME”. El motivo es fundamentalmente que éstas constituyen el soporte mayoritario del empleo. Proteger las PYME y facilitar su negocio es asegurar actividad económica, mantener el empleo y, en negativo, evitar el aumento del paro.[1]

En el marco del mercado único europeo, la directiva 24/2014 propone algunas medidas conocidas por todos (requerimiento proporcionado de la solvencia, configuración de lotes, pago directo al subcontratista). Pero el mercado único no ha abordado de forma auténtica y decidida la cuestión: no habilita la reserva de contratos a las PYME y tan sólo se limita a las empresas sociales.

La creación de un mercado interior fue la causa de la Unión europea (recordar, la CECA - Comunidad Europea del Carbón y del Acero, como antecedente) y es un condicionante de la contratación pública europea. La gran empresa alemana y francesa necesita expandir sus mercados nacionales a ámbitos territoriales más amplios y se crea un espacio europeo en el que hay un predominio y dirección de Alemania, fundamentalmente, liderando un bloque económico que se pretende homogéneo frente al gigante norteamericano. Hoy la configuración de estos bloques, siempre en movimiento, se está reconfigurando con la presencia determinante del gigante chino.

Algunos "principios" de la contratación pública que son considerados cuasi de derecho natural, especialmente el principio de la igualdad de trato y concurrencia (todas las empresas deben concurrir a las licitaciones públicas en igualdad de condiciones), no son más que la consecuencia jurídica de las necesidades de la gran empresa. Este sacrosanto principio de la igualdad de trato es la salvaguarda para que la gran empresa pueda vender y tenga siempre suficiente demanda, en el marco de una competición descontrolada en un mercado basado en la lucha a muerte para ganar clientes y ventas utilizando recursos tecnológicos y naturales sin control.

El contrato público también ha de alimentar a la gran empresa

Creo que, la regulación europea de la contratación pública deberá incorporar la posibilidad de reserva de determinados contratos públicos a las micro y pequeñas empresas (MYPE). La implementación severa del sacrosanto principio de igualdad de trato no permite la discriminación positiva cuando es lo cierto que las MYPE concretamente tienen una dimensión, estructura y disposición de medios financieros, humanos, materiales y técnicos muy inferiores a la mediana y gran empresa lo que las pone en condiciones de competencia imposible en las licitaciones públicas que no logran ser mejoradas con las medidas que se proponen (lotes, solvencia proporcionada...). Lo cierto es que la severidad del principio de igualdad de trato no se concilia con el nivel de participación en las licitaciones de cada país de empresas extranjeras que es absolutamente residual lo que evidencia que el concepto "nacional" de empresa es caduco y que la participación accionarial y el capital no tienen nación.

La realidad presiona y la Unión europea deberá salir[2] de un fariseo "principio" y abordar la realidad económica y empresarial de los países miembros en el marco de la contratación pública sostenible que incluye la protección de la micro y pequeña empresa.

La ley portuguesa 30/2021, aprobada en sesión plenaria de la Asamblea Nacional de 14 de abril de 2021, introduce medidas especiales de contratación pública y modifica el *Código dos Contratos Públicos* de 2008. Se publica en el Diario de la República del día 21 de mayo de

2021. Las medidas especiales en materia de contratación pública se refieren a ciertas adecuaciones de la norma general para afrontar los retos de la contratación con aportación de fondos europeos post-COVID.

Entre las modificaciones del Código de Contratos Públicos que efectúa el artículo 21 de la ley 30/2021 merece destacar la que se realiza en el artículo 54.A del Código que tiene el título de "Contratos reservados". Así, se incluyen nuevos supuestos de limitación de la participación en las licitaciones públicas a determinados operadores económicos: además de la reserva a empresas sociales (supuesto a) del artículo 54.A. y que supone la trasposición de la directiva 24/2014 de contratación pública) se introducen dos nuevos supuestos de gran calado y que se refieren al tema que nos ocupa:

- La nueva letra b) del artículo 54.A) del Código habilita la reserva de contratos a las PYME (micro, pequeñas o medianas empresas) en contratos de obras de valor inferior a 500.000€ y de suministros o servicios de valor inferior al umbral europeo establecido en directiva 24/2014.
- La nueva letra c) del artículo 54.A introduce un criterio de territorialidad de forma que se establece que pueden reservarse contratos de suministros o servicios de "uso corriente" y de valor inferior al umbral europeo a entidades con sede y actividad efectiva en el territorio intermunicipal en que se localice la entidad adjudicante.

Portugal da un paso firme en potenciar efectivamente la protección a las PYME en la contratación pública. Los juristas portugueses advierten los peligros que entraña.

El Código francés de Contratos Públicos contiene prescripciones expresas a favor de las PYME. El artículo L2213-14 establece que en el contrato de partenariado deberá establecerse necesariamente la parte del contrato que el contratista encargará a pequeñas y medianas empresas y artesanos. El artículo R-2213-15 concreta el porcentaje mínimo en un 10%. Por otra parte, el artículo R-2171-23 en relación con el contrato que incluye como objeto la elaboración de proyecto y la propia obra ("marché global") también establece un porcentaje mínimo de "subcontratación" a PYME y/o artesanos del 10% del presupuesto del contato.

En otra latitud geográfica y jurídica, es sabido que los Estados Unidos, mediante la SBA (Agencia Federal de las Pequeñas Empresas), potencian en sus compras públicas federales la reserva de compra inferior a 150.000 $ a las pequeñas empresas.

La igualdad de trato es la desigualdad absoluta. Las micro y pequeñas empresas no pueden competir con las medianas ni grandes empresas. El precio continúa siendo un factor determinante en la adjudicación de los contratos públicos, la solvencia económica y

técnica suele establecerse en unos parámetros demasiado altos y los medios humanos y tecnológicos de las medianas y grandes empresas son abismalmente mejores que las MYPE. La operativa procedimental de la licitación pública hace muy difícil competir en igualdad de condiciones ya que los procedimientos fuertemente formalizados requieren un conocimiento al que no pueden destinar medios.

La mayoría de normas laborales y sociales españolas establecen una frontera y un distingo en sus prescripciones en si la empresa tiene más o menos de 50 personas trabajadoras. No quiero cargar esta nota con referencias que hagan pesada su lectura y dejo al lector que lo verifique pero sí es necesario mencionar la propia prohibición de contratar del art. 71.1.d) LCSP en relación con la obligación de contratar personas con discapacidad o disponer de planes de igualdad de género, en este último caso, pese a la interpretación retrógrada y asistemática del TACRC (Res. 1232/2020).

Solo estableciendo una competencia entre iguales puede asegurarse una igualdad de trato. En este sentido, la reserva de contratos a MYPE puede asegurar que puedan obtener un margen de los contratos públicos proporcionado a su significación en la economía general del país en competencia y concurrencia entre iguales.

Para tomar decisiones hay que tener datos y la contratación pública no los ofrece con el rigor y detalle adecuados y necesarios. Ni en Europa ni en España.

La Pequeña y Mediana Empresa (PYME) representa más del 99% de las empresas españolas, siendo su contribución al Valor Añadido Bruto del 62% y al empleo empresarial de aproximadamente el 72%[3]. Pero hablar de PYME es insuficiente cuando se pretende abordar políticas públicas de protección de ese sector empresarial porque, a su vez, debe distinguirse entre la mediana empresa por una parte y, por otra, la micro y pequeña empresa así como trabajadores autónomos. La categorización interna de las PYME es desproporcionada de forma que la mediana abarca empresa hasta 250 trabajadores y la pequeña hasta 50: el salto de tipo de empresa por su dimensión de plantilla y volumen de negocio produce una diferencia de condiciones extraordinaria.

Efectivamente, cuando se habla de PYME en España hay que precisar: la estadística del mes de setiembre de 2021 que informa el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo indica que las microempresas (1-9 trabajadores) emplean el 20,83% del total, las pequeñas empresas (10-49 trabajadores) el 18,64% y las medianas empresas (50-249 trabajadores) el 15,24%. La atomización de las MYPE es muy grande: 1.123.936 microempresas emplean 3.392.734 trabajadores, 155.502 pequeñas empresas emplean 3.035.418 trabajadores y 25.253 medianas empresas emplean 2.481.539 trabajadores. Su trascendencia económica

extraordinaria: en el sector industrial, respecto al total de la estructura empresarial, el 43,1% de las empresas son microempresas, en el sector servicios el 39,8% y en el sector de la construcción el 35,2%.

A partir de estos datos hay que deducir que la estructura empresarial y el empleo está sustentado fundamentalmente en la micro y pequeña empresa. Sin embargo, esa trascendencia económica no tiene reflejo en la contratación pública, como se verá.

El informe trienal (2018-2019-2020) de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE), fechado en abril de 2021, contiene (pág. 61 y ss.) un apartado 2.4.1.3. titulado "Bloque IV. Nivel de participación de las PYMES en la contratación pública". La estadística contenida en este informe debe ser considerada con extremada prudencia atendiendo la precariedad de las fuentes que la soportan: progresiva incorporación de los perfiles de contratación a la Plataforma de contratación del Sector Público, precaria configuración de los datos a informar en la plataforma, la propia confección del informe que se realizó con una movilización apresurada de las AAPP atendiendo el emplazamiento de la Comisión europea para la obtención de datos, la contratación de emergencia por causa de COVID no publicada... No parece excesivo afirmar que los datos deben ser puestos en cuarentena máxime y el propio informe de la JCCPE viene a reconocerlo. Sin embargo, los datos deben ser considerados porque son los únicos existentes.

Se ofrece en este informe que, recuérdese es enviado a la Comisión Europea, la siguiente información referidas a todas las AAPP españolas (con información muy parcial de los entes locales) que engloba también las concesiones y los contratos menores y sin incluir la contratación en el ámbito de la defensa:

Se informa que el nivel de contratos formalizados con PYME publicados en las plataformas de contratación aumenta año tras año y se sitúa en 2020 en el 62,9% del total de contratos que representa un valor del 42,23% del total, es decir, un valor de 38.067 millones de euros.

Si consideramos los contratos armonizados, el 58,6% de los contratos se adjudican a PYME: 32.092 contratos por valor de 24.967.697.118€ con un valor medio de 778.007€.

Los contratos no armonizados adjudicados a PYME son el 63% que representa el 55,4% del valor total de esta categoría. Son 809.110 contratos por un valor total de 6.316.096.290€ con un valor medio de 7.806€.

Pero ya no sabemos más: no se distingue entre micro, pequeña y mediana empresa. Sólo a partir de 3 de setiembre de 2020 fue obligatorio informar en la Plataforma de Contratación del Sector Público el dato si el adjudicatario es una PYME y no se prevé en un futuro informar de la categoría de pyme (micro, pequeña o mediana empresa) lo que

provocará que esa cuestión siga sin consideración, cuando parece imprescindible conocer con detalle quiénes dentro de las PYMES son contratistas y de qué categorías de contratos para una toma de decisiones rigurosa en la adopción de medidas políticas para asegurar una auténtica protección del tejido empresarial español en la compra pública.

Lamentablemente no tenemos datos desagregados en el Informe trienal de la JCCPE que solo trabaja con el concepto de PYME: pero parece razonable opinar que si la PYME es adjudicataria del 58,6% de los contratos armonizados (32.092 contratos por valor de 24.967.697.118€) la mayoría de estos contratos serán correspondientes a medianas empresas. La información sobre la contratación no armonizada incluye los contratos menores por lo que la información pierde rigor: en todo caso, se informa que el 63% de la contratación no armonizada tiene como destinatario a PYME lo que representa un valor de 55,4% del volumen total de este ámbito de contratación. Es decir que la gran empresa se beneficia del 45,6% del volumen total de la contratación no armonizada, aproximadamente, con un valor algo superior a los cinco mil millones de euros.

En Catalunya, la Dirección general de Contratación Pública realiza una meritoria labor de análisis estadístico de la contratación pública. Elabora desde el año 2015 un informe específico sobre “Empresas adjudicatarias: PYME y grandes empresas”. El último informe publicado es el del año 2019. Téngase en cuenta que no incluye la contratación de la Administración local lo que es muy importante para una evaluación auténtica y global de los datos de la contratación pública y la estructura empresarial y, en este sentido, el informe de referencia es insuficiente.

Los datos, referidos a la administración autonómica y su sector público, que se ofrecen en el informe catalán correspondiente al año 2019 ofrece la siguiente información: el 69,8% del total de la contratación del ejercicio 2019 tiene como contratistas a PYMES que representa un 40,5% del valor total. El informe considera el tamaño de la PYME (pág. 18): las microempresas son adjudicatarias del 19,2% de la contratación total que representa el 6,4% del valor total de la contratación del ejercicio; las pequeñas empresas suponen el 23,4% del total de contratos formalizados que representa el 12,8% del valor total y las medianas empresas son contratistas en el 28,3% del total de contratos que supone el 22,1% del valor total y la gran empresa es contratista del 24,9% de los contratos por valor del 50% del total. Estos datos no incluyen la contratación menor.

Las PYMES contratistas en el ejercicio 2019 son 2.452 empresas (no se informa por categoría de PYME) y 321 son gran empresa.

Capítulo aparte es la contratación menor. El informe catalán no ofrece datos desagregados por categoría de PYME. 48.341 contratos que suponen el 25,1% de los contratos menores se adjudican a empresas grandes por valor de 64.962.565€. El 67,2% de

los contratos menores se adjudican a PYMES: son 129.552 contratos con un valor de 237.723.919€. En total la contratación menor se refiere a 30.187 empresas. Es relevante y sorprendente la participación de la gran empresa (no sabemos la mediana) en la contratación directa.

Los datos ponen en evidencia que, en relación, al menos en la contratación púbica, no se debe hablar en propiedad de PYME sino de MYPE, es decir, de micro y pequeña empresa que es la base fundamental del empleo en la estructura empresarial española y la menos beneficiada de la contratación pública.

Concluyamos en aras de la brevedad:

1. No hay datos de la contratación pública de las Administraciones Públicas españolas de forma desagregada en la categoría PYME por tipo de empresa y otras variables que permitan conocer con rigor el nivel de contratos que obtienen las micro y pequeñas empresas respecto las medianas y grandes. Debiera realizarse un estudio estadístico de la contratación pública considerando las áreas de mercado y CPV, tipo de empresa y franja económica del valor del contrato. Tampoco hay un estudio serio del impacto de la política de acuerdos marco y centrales de compra en la contratación de determinados servicios y suministros con fuerte atomización empresarial.
2. Los anuncios de adjudicación de los contratos deben informar de forma específica el número de micros, pequeñas y medianas empresas que han licitado y la condición de la empresa contratista (información referida también a las UTE) y así deben acogerlo las plataformas de contratación estatal y autonómicas. La información debiera alcanzar también a las empresas subcontratadas en el momento de la adjudicación o en el momento de la finalización del contrato. El propio modelo europeo de anuncio de adjudicación debería contener esta información (apartados 11 y 12 parte D, anexo V de la directiva 24/2014), todo a los efectos de afinar los datos de la contratación pública y abandonar los discursos para realizar efectivamente políticas públicas de contratación estratégica.
3. Pese a la precariedad de los datos, parece evidente que hay una fuerte desproporción entre la importancia de las MYPE por el empleo que acogen y el número de empresas tan importante respecto el tejido empresarial, siempre en una supervivencia frágil en una economía competitiva y no colaborativa con fuerte componente tecnológico. Sus oportunidades para obtener la condición de contratista público son absolutamente precarias en condiciones auténticas de igualdad de oportunidades.
4. Si atendemos los datos ofrecidos por la Generalitat de Catalunya (que no incluye a las Administraciones locales catalanas) el valor de los contratos que obtienen las MYPE es el 40% del total con un valor alrededor del 19%. La mediana empresa obtiene el 28,3% del total de contratos formalizados con un valor de algo más del 22%. Repito: las MYPE no obtienen el 20% del total del valor de la contratación pública catalana.

5. Si realmente la contratación pública pretende ser sostenible debe optarse por una medida enérgica de protección de la MYPE adoptando medidas de discriminación positiva superando la timidez de las previstas en la directiva 24/2014 y la LCSP que, por otra parte, se desconoce su efectividad.
6. La contratación directa debe efectuarse exclusivamente con MYPE y, en su defecto, se justificará por qué motivo no ha sido posible. No se reiterará la contratación con objeto de mismo CPV en una misma empresa y, en su defecto, se requerirá justificación.
7. Debe consignarse un valor mínimo anual de la contratación pública de cada Administración pública que tenga como contratista la MYPE y para ello podrán adoptarse las medidas que se consideren oportunas según las previsiones de la LCSP que, en contratos no armonizados, podrá consistir en la reserva de contratación o en lotes de acuerdo marco, subcontratación en un porcentaje mínimo todo ello con la oportuna modificación de la LCSP. Este valor mínimo anual no podrá ser inferior al 30% del valor total de la contratación pública de cada Administración pública en la contratación de obras, servicios y suministros.
8. Nuestros países vecinos han dado pasos de discriminación positiva. No practiquemos una aplicación del derecho comunitario basado en la reverencia paralizante. Interpretemos la norma comunitaria como una herramienta que debe aplicarse respetuosa pero creativamente de acuerdo con las circunstancias de la estructura empresarial y los objetivos políticos económicos y sociales que requiere nuestro país[4].

---

[1] La Comunicación de la Comisión Europea de 2008, «Pensar primero a pequeña escala» «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas" forma parte de un fenómeno patológico que corroe la Unión europea cual es la disociación entre el discurso político y jurídico y la realidad económica y social. El derecho al trabajo, a la vivienda, a la igualdad de género, al pleno empleo, a la justicia social, a la conciliación, a la participación política, a la aplicación progresiva de los impuestos en función de ingresos, a la protección de los emigrantes, la lucha contra el racismo, son palabras que los Gobiernos no garantizan en la vida real lo que constituye una crisis de la democracia formal parlamentaria en el marco de una economía capitalista trasnacional que domestica la ciencia y la tecnología en beneficio propio. https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0394:FIN:es:PDF

[2] No sale de un escenario de propuestas de "cambio cultural" para facilitar la participación de las PYME en la contratación pública europea el estudio de la Comisión Europea de febrero de 2021: SME NEEDS ANALYSIS IN PUBLIC PROCUREMENT https://ec.europa.eu/docsroom/documents/46111

[3] Datos obtenidos en la página en internet de la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, consultado en noviembre 2021. https://plataformapyme.es/es-es/Crecimiento/Paginas/ContratacionPublica.aspx

[4] El último ejemplo de interpretación pasiva puede leerse en el informe 10/2021 de la JCCA de Aragón en relación con el Anteproyecto de ley de dinamización del medio rural de Aragón.

Colaborador

Francisco Blanco López

Interesado en compra pública sostenible