

LA GESTIÓN DEL CONTRATO MENOR EN UN ÓRGANO PERIFÉRICO

José A. EIRIZ PICOS



L 17 de julio de 1683, Vauban, un ingeniero militar que alcanzó el grado de mariscal de Francia, escribía una carta a Losvois, ministro de la Guerra de Luis XIV, en la que hacía una lúcida exposición de los males que acechan a quien sólo mira el precio y desatiende la pericia, la experiencia y la honestidad que reside en quien busca el beneficio real del cliente, no un mezquino ahorro que conduce a la mediocridad.

«Monseñor:

...Hay algunos trabajos en los últimos años que no han terminado y que no se terminarán, y todo eso, Monseñor, por la confusión que causan las frecuentes rebajas que se hacen en sus obras, lo que no sirve más que a atraer como contratistas a los miserables, pillos o ignorantes, y ahuyentar a aquellos que son capaces de conducir una empresa, yo digo más, y es que ellos retrasan y encarecen considerablemente las obras porque esas rebajas y economías tan buscadas son imaginarias y que un contratista que pierde hace lo mismo que un naufrago que se ahoga, agarrarse a todo lo que puede; y agarrarse a todo, en el oficio de contratista, es no pagar a los suministradores, dar salarios bajos, tener peores obreros, engañar sobre todas las cosas y siempre pedir misericordia contra esto y aquello.

De ahí bastante, Monseñor, para hacerle ver la imperfección de esa conducta; abandónela pues, y, en nombre de Dios, restablezca la buena fe; encargar las obras a un contratista que cumpla con su deber será siempre la solución más barata que podréis encontrar.»

Sirva esta carta de hace más de trescientos años, cuya vigencia impresiona, como preámbulo de un trabajo cuya pretensión no va más allá de una reflexión sobre la contratación pública, desde la práctica, en un ámbito muy reducido y no siempre extrapolable.

Introducción

Desde la incorporación a mi actual destino, Unidad de Contratación del Arsenal de Ferrol, coincidente con la entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), y siendo consciente de la incidencia que la misma habría de tener en la práctica contractual, hemos ido almacenando datos, aprovechando la versatilidad de nuevos instrumentos, como la Aplicación «Intendente Montojo», para efectuar un análisis comparativo de la contratación durante los últimos años, lo que en definitiva constituye buena parte de la base del presente estudio.

No pretendo, en modo alguno, pontificar con este trabajo sobre la contratación en la Armada, porque me consta la existencia de profesionales más capacitados e incluso con mayor experiencia, por lo que este modesto trabajo se reduce a dar una visión, desde la práctica, de la problemática que encierra la gestión del contrato menor (CM) en los órganos periféricos y de posibles solu-



ciones que podrían, al menos, ser consideradas por los órganos gestores respectivos, carentes en muchos casos de una experiencia o conocimientos previos en la materia concreta que nos ocupa.

Antecedentes

¿Qué es un contrato menor?

Su primer antecedente puede situarse en el Reglamento de Contratación de Obras y Servicios de la Marina de 1958, donde se regula el concierto directo vinculando su aplicación a determinadas cuantías y contemplando dos modalidades, «licitación sumaria» y «comisión a compras».

Posteriormente el artículo 86 de la Ley de 1965 cita:

«Se entiende por Suministro Menor el que se refiere a bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso que no superen las 500,000.-pts., quedando sustituido el pliego por una propuesta de adquisición razonada y el documento contractual por la factura comercial.»

En efecto, se trataba de contratos de pequeño importe, cuya tramitación al amparo de la legislación española debe estar diferenciado del ordinario, y en la Armada, vinculado básicamente con el contrato de suministro, se reducía a adquisiciones locales de escasa cuantía y era denominado «suministro menor».

Nace así el CM, como un procedimiento para la agilización de la gestión contractual, simplificando los trámites y reduciendo éstos a la aprobación del gasto y a la presentación de la correspondiente factura, excepción hecha del contrato de obras, por razones obvias.

En el derecho comunitario de la contratación pública no se reconoce la figura del CM, definida en la ley española exclusivamente por su cuantía, ni tampoco se recogen dentro de los supuestos tasados de utilización del procedimiento negociado aquellos que permiten en la LCSP acudir a este procedimiento sólo por razón de su valor. «El propio tribunal europeo de justicia ha calificado la celebración ilegal de contratos de adjudicación directa como la infracción más grave del Derecho comunitario en materia de contratos públicos», y se ha lamentado de que las directivas sobre recursos en vigor (las directivas 89/ 665 y 92/13) no permiten prevenir o corregir de manera eficaz las consecuencias de dicha ilegalidad (STSJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, apartado 37).

Y sobre la problemática de los contratos menores en particular cuenta que:

«Se trata de uno de los problemas más graves de la contratación pública en España, que no ha sido solucionado por la nueva Ley.»

Ley 13/1995 (LCAP)

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), en su exposición de motivos, apartados 1.5 y 2.6 justificaba la existencia del CM «que se definirán exclusivamente por su cuantía... por la necesidad de simplificación del procedimiento jurídico administrativo de contratación», estableciendo los umbrales en los artículos 121, 176 y 201 para los contratos de obras, suministros y servicios respectivamente.

El artículo 57 exige como requisitos mínimos para su tramitación la aprobación del gasto y la incorporación de la factura, que podrá servir de documento contractual para la formalización del mismo, lo cual implica que puede iniciarse la ejecución de un contrato sin su formalización.

El Libro Verde de la contratación pública europea, *Reflexiones para el futuro*, aceptado por la Unión Europea en 1996, dispone:

«...los procedimientos previstos por las directivas comunitarias son aplicables exclusivamente a los contratos públicos de un importe estimado superior a los umbrales establecidos. Algunos poderes adjudicadores consideran que los contratos públicos que no alcanzan estos umbrales no están sometidos a ninguna disposición comunitaria, de manera que en ocasiones estos contratos se adjudican sin haber convocado previamente un concurso público. Muchos de estos contratos son de una importancia considerable, en particular para la pequeña y mediana empresa. Al igual que el otorgamiento de concesiones y contratos similares, la adjudicación de estos contratos debe efectuarse respetando las disposiciones del Tratado CE sobre la libre circulación de las mercancías y servicios y los principios fundamentales de no discriminación, igualdad de trato y transparencia, que se hallan en su base.»

Ley 30/2007 (LCSP)

Como ya se ha dicho, el derecho comunitario no contempla el procedimiento del CM, pero marca pautas o normas de contratación a través de diferentes directivas, que sin duda han inspirado, al menos parcialmente, la elaboración de esta nueva ley.

Así, la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), novedosa en muchos aspectos que nada tienen que ver con el objeto de este trabajo, nace como adaptación de nuestro derecho a las directivas y jurisprudencia comunitarias en materia de contratación pública y la garantía de sus principios generales, pero mantiene la «excepcionalidad» del contrato menor y de su tramitación «bajo mínimos», justificándolo en la exposición de motivos por la «Simplificación y mejora de la gestión contractual», constituyendo por tanto el incremento de los umbrales su aportación más relevante, lo que en términos abso-

lutos supone un aumento del 96,50 por 100 para el contrato de obras y del 76,70 por 100 para el de suministros y servicios.

	L. C. A. P. (13/1995)	L. C. S. P. (30/2007)
CONTRATO DE OBRAS	30.050 euros (IVA incl.)	50.000 euros (más IVA)
CONTRATO DE SUMINISTROS Y SERVICIO	12.020 euros (IVA incl.)	18.000 euros (más IVA)

En este sentido no pocos expertos en contratación opinan que la nueva ley ha desaprovechado la oportunidad de contemplar algún otro modelo de procedimiento simplificado de contratación que permitiera contratar sin menoscabo de los principios generales de contratación.

«Los objetivos de la norma, recogidos de forma destacada en el art. 1 de la LCSP, quedarán en entredicho si nuestros órganos de contratación deciden, como hasta ahora venían haciendo, utilizar la figura del contrato menor, seleccionando libremente al contratista». (Ley de Contratos del Sector Público. José A. Moreno Molina).

Normas de la DAE (Dirección Asuntos Económicos) sobre la gestión del contrato menor

Ante la problemática señalada y la inminente entrada en vigor de la Ley 30/2007(LCSP) que en términos generales obviaba, como ya se ha dicho, un mejor tratamiento del CM, la DAE de la Armada lideró un proyecto cuyo objetivo era definir o establecer unos criterios o normas que paliasen tales deficiencias, superando y aun mejorando los mínimos exigidos por la ley.



Se trataba de aplicar al contrato menor los principios básicos de la contratación: publicidad, transparencia, concurrencia y garantías jurídicas, sin que ello desvirtuase su esencia, «la simplificación del procedimiento jurídico administrativo de contratación».

Nacen así unas normas provisionales, posteriormente ratificadas por el AJEMA en la Directiva 03/2008, sobre medidas de austeridad, de 20 de octubre de 2008, declaradas de uso obligatorio en la Armada y que, críticas al margen, han dado unos resultados excelentes:

- Han evitado la arbitrariedad contractual amparada en ley, permitiendo el acceso a las licitaciones de todas aquellas empresas interesadas, a las cuales con el procedimiento anterior no siempre se les permitía.
- Una mayor concurrencia, y por ende competencia, que ha generado grandes economías «reales».
- Han favorecido el mantenimiento y desarrollo del entramado económico local, básicamente PYMES, destinatario mayoritario de este tipo de contratos.

Y algo no cuantificable, pero de vital importancia, ha prestigiado notablemente a la Armada al dotar de transparencia un procedimiento contractual, que lamentablemente siempre es noticia en otras administraciones por sus malas prácticas.

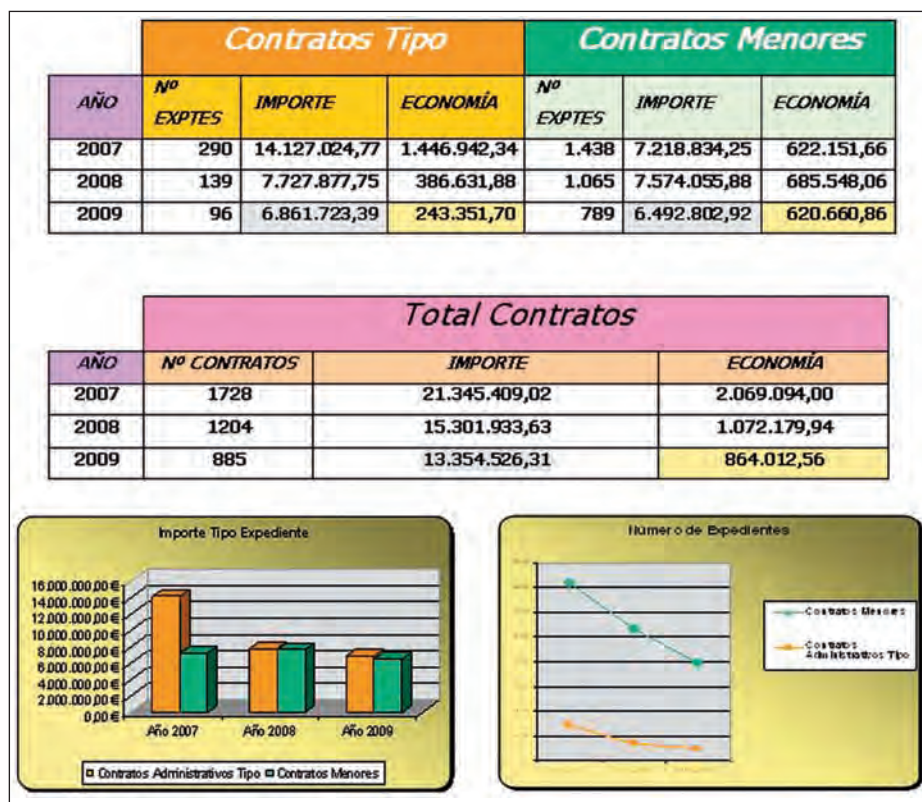
Datos de la contratación menor en los últimos tres años

Los datos recogidos de los últimos tres años confirman, al menos en la Unidad de Contratación del Arsenal de Ferrol, la conveniencia de la decisión adoptada por la Armada, aunque de ello se deriven nuevas cuestiones que serán analizadas más adelante.

El análisis de estos gráficos nos permite llegar a las siguientes conclusiones:

- Ha habido una disminución notable del número de contratos ordinarios y menores, vinculada con las reducciones presupuestarias y con los nuevos umbrales de los CM, respectivamente.
- Un mayor peso del CM, en cuanto a su importe, con una tendencia creciente en la gestión global del arsenal, próximo al 50 por 100 en el ejercicio 2009.
- Un incremento de las economías (1) derivadas de los CM, el 72 por 100 en el último ejercicio. Circunstancia ésta estrechamente ligada a la aplicación de las normas citadas.

(1) La economía de un contrato es un valor que depende de varios factores, cuyo análisis es imprescindible para que el dato sea fiable: establecimiento del precio tipo, criterios de selección de ofertas y control de la ejecución.



Consecuencias y problemática actual

Circunstancias coyunturales, como el actual escenario económico, cuya incidencia no es menor, y unas sinergias centralizadoras de la gestión, cada vez más acusadas, «están convirtiendo al CM en el procedimiento contractual casi exclusivo «en y de» los órganos periféricos, reservándose mayoritariamente los restantes para la gestión centralizada».

Para muchos órganos de contratación de la administración local o periféricos, en nuestro caso, lo realmente excepcional va a resultar, con la nueva LCSP, adjudicar algún contrato de obras, suministros o servicios por un procedimiento diferente al contrato menor. Llegados a este punto, las normas incorporadas son criticadas por algunos técnicos en contratación, al entender que se desvirtúa el CM o, dicho de otra forma, interpretan que la permanencia del CM en la normativa actual no es casual, pero sí contraria al procedimiento o tramitación que ahora estamos aplicando.



No pocas han sido las dificultades que han debido superarse para la implementación de las normas de la DAE. Los órganos de contratación han tenido que vencer inercias, que obviaban, como ya se ha dicho, los principios básicos de la contratación pública.

Se ha debatido sobre los criterios de adjudicación o selección de la oferta económicamente más ventajosa, cuando la práctica habitual era elegir la más económica, lo que ha dado lugar a situaciones no deseadas y que mucho tienen que ver con la carta que ha servido de preámbulo al presente trabajo.

La selección de la oferta más económica en un CM, obviando el asesoramiento del servicio técnico, puede supon-

er un grave riesgo para la Administración, para la empresa e incluso para los trabajadores. En situaciones de crisis no es extraño recibir ofertas difícilmente asumibles. A veces los gerentes de éstas pujan de un modo agresivo y arriesgado, porque se encuentran en una mala situación e intentan sobrevivir y, a sabiendas de que su responsabilidad en algunos casos es limitada, se sienten protegidos. No olvidemos que la factura constituye el único documento contractual de un CM, lo que unido a la ausencia de garantías podría ocasionar lamentables perjuicios.

Actualmente se recibe un elevado número de ofertas desproporcionadas, cuyo análisis, con el apoyo del servicio técnico correspondiente, convertiría el CM en un procedimiento farragoso, poco práctico y subjetivo, al carecer muchos de estos expedientes de pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares.

La aplicación de lo establecido el art. 85 del Reglamento General de la LCAP (R. D. 1098/2001), en ausencia de mejor criterio, y descartado por lo expuesto el de menor precio, parece una opción válida si tenemos en cuenta la elevada concurrencia derivada de la publicidad y que ello permite centrar e incluso ajustar el precio tipo a las actuales circunstancias de mercado, no siempre observadas.

Conclusiones

Lejos de toda duda está la trascendencia que el contrato menor tiene y habrá de tener en la gestión de los órganos periféricos, por lo que no debería considerarse un procedimiento residual, ni su uso un presunto fraccionamiento.

La simplificación de la contratación a través de la supresión de los trámites que garantizan el respeto a los principios de libre concurrencia, igualdad y no discriminación, transparencia e imparcialidad es algo que no se puede justificar en la actualidad.

Recordar que el CM es una opción y no una obligación impuesta por su importe. Acudir, en algunos casos, a otros procedimientos puede suponer un aporte de garantías para la Administración.

El pliego de cláusulas no es legalmente «exigible», pero en determinados casos es imprescindible «como instrumento para el control, seguimiento y las reclamaciones que procedan al contratista». Definir unos requisitos mínimos exigibles, aunque ello suponga una mayor burocracia contraria a la esencia del CM, parece viable si incorporamos la tecnología, ya prevista en la LCSP. Si la gestión electrónica de un expediente ordinario es vital, su aplicación al CM no lo es menos.

La adjudicación de un CM a una pequeña o mediana empresa (PYME), en la coyuntura económica actual y teniendo en cuenta los umbrales, puede significar la continuidad de su actividad o el cese. Las PYMES constituyen el eje de la economía española y comunitaria, son las verdaderas locomotoras de la economía, por lo que facilitar su acceso a las licitaciones del CM debe ser un objetivo prioritario. El marcado carácter local de estas empresas, desplazadas por razones obvias de los restantes tipos de contratos, ha de ser tenido en consideración.

Diré también como conclusión que el origen incidental es algo estrechamente ligado al CM y constituye una parte esencial de la actividad de un arsenal de apoyo. Es la gestión contractual del día a día, de la operativa y no programable, que parece exigir un amparo legal de mayor rango, acorde con las normativas europeas y que respalde las normas actualmente aplicadas. La Ley 11/2007 de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y la LCSP establecen la implementación tecnológica como un imperativo legal que nos permitirá una gestión económica y eficaz de la contratación ya contrastada en otras administraciones.