

# Decálogo para una contratación pública socialmente eficiente

Qué puede la Ley 9/2017  
*La norma como potencia*

## Contexto

Este trabajo se enmarca dentro de un proyecto ya iniciado por [Xnet](#) para la excelencia en la privacidad de datos y la digitalización democrática de los centros educativos. Esta reivindicación partió de un grupo de madres y padres de las escuelas públicas de Catalunya, a partir del desembarco de Google y su herramienta *GoogleSuite* como herramienta telemática para toda la gestión y relación con el alumnado en las escuelas. Es sabido que Google recopila los datos almacenados en sus herramientas para perfilar a los usuarios y luego vender estos datos a terceros. Google es además una [empresa que está monopolizando el uso de internet](#) con todo lo que eso implica. En el caso de [Google Education su utilización como herramienta para monitorizar a los niños mientras hacen búsquedas en internet es especialmente preocupante y ya existen demandas al respecto](#). Existe un alto riesgo de que este monopolio entre en la educación pública y se convierta en la herramienta de referencia para toda la comunidad educativa.

Actualmente el proyecto de digitalización democrática de los centros educativos que plantea Xnet, está realizando el [primer piloto en Barcelona](#) con el apoyo de la Dirección de Innovación Democrática y el Comisionado de Innovación Digital del Ayuntamiento de Barcelona junto al Consorcio de Educación. Se trata de un proyecto para generalizar una digitalización segura y respetuosa que garantice la privacidad y el control de los datos, con el fin de salvaguardar de manera integral los derechos digitales de la comunidad educativa en los centros de educación primaria y secundaria de la ciudad. Se trata de ofrecer una alternativa auditable y ágil a las herramientas más comunes como las de Google. El proyecto prevé la actualización de herramientas existentes y con experiencia / probada solvencia a nivel internacional. El objetivo es adecuarlas a las necesidades de los centros, ampliar el nivel de usabilidad para que sean plenamente competitivas y acompañar el acceso con todos los recursos técnicos y formativos necesarios que permitan un aprovechamiento máximo de estas tecnologías para la enseñanza presencial o en remoto, utilizando una plataforma integral de gran calidad técnica y fácilmente replicable.

La replicabilidad de este proyecto así como la urgencia en el desarrollo de proyectos de digitalización democrática dentro de las Administraciones Públicas abrió la necesidad de una investigación acerca de las posibilidades para la contratación pública de este tipo de proyectos con el objetivo de que en su contratación se apoye, en la medida en que la normativa lo permita, a los ecosistemas empresariales locales.

## Hipótesis inicial

Habitualmente pensamos en la norma como límite y cómo dificultad para hacer cosas. Qué pasa si cambiamos la perspectiva y pensamos en la norma como posibilidad y como herramienta de transformación. En este caso en un ámbito, la contratación pública, quizás demasiado poco explorado en ese sentido por lo técnico y burocrático que resulta.

La investigación empieza con una serie de preguntas: ¿Es posible una contratación pública de/en proximidad? ¿Se están utilizando todas las posibilidades que da la LCSP para la contratación de pymes y empresas innovadoras?

## Objetivos

- Estudiar las posibilidades para que la contratación pública vinculada al proyecto de digitalización democrática de los centros educativos pueda a su vez apoyar al tejido local tecnológico de start-ups y pymes en los contextos donde se desarrolle.
- Análisis de la Ley 9/2017 y las directrices europeas que transpone así como de su utilización y de las posibilidades que este marco normativo abre.
- Estudiar las posibilidades para que la contratación pública sea socialmente eficiente, distributiva y no monopolística. Ejemplos de buenas prácticas.

## Investigaciones llevadas a cabo

- Análisis de las directivas europeas que se transponen en la Ley 9/2017: elementos fundamentales en relación a la contratación de PYMEs

La [Ley 9/2017 del 8 de noviembre](#), de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 es una ley relativamente reciente (2017) cuyo objetivo principal fue adecuar la normativa española a las directrices europeas de contratación pública. Uno de los criterios marco de esta ley es la libre concurrencia lo cuál constituye uno de los indicadores de [calidad de la contratación pública](#). Sin embargo demasiadas veces son pocas y grandes empresas las que concurren y resultan adjudicatarias en los procedimientos de contratación tal y como demostró el análisis de datos publicado por [Civio en 2016](#) que constituye uno de los escasos análisis exhaustivos de datos de contratación pública existentes en nuestro país.

Si bien la Directiva 2014/23/UE se refiere a la concesión de obras y servicios la [Directiva 2014/24/UE](#) incorpora indicaciones y recomendaciones muy explícitas para adecuar la contratación pública a las necesidades de las PYME. Lo considera en diversos de sus puntos (2, 59, 66). Particularmente interesante resulta el punto 78 donde introduce un cambio sustancial en la noción del fraccionamiento de los contratos, al establecer como regla general la división de los contratos públicos en lotes. Esta novedad normativa tiene como objetivo facilitar el acceso de las PYME a la contratación pública, intensificándose la competencia y alcanzándose una mayor eficiencia por razón del grado de especialización de las PYME. Cada lote funciona como un contrato independiente, cada uno con su propio presupuesto, diferente solvencia técnica y económica, distinta exigencia de garantía definitiva, etc.

- Análisis de los artículos y criterios en la [Ley 9/2017 del 8 de noviembre](#), de Contratos del Sector Público, que facilitarían una mayor participación de las PYME y de proyectos innovadores

En su objeto y finalidad, la LCSP (art.1.3) establece la obligatoriedad de facilitar el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social. Incidiendo en ello en el apartado dedicado a la racionalización de la contratación pública (art. 28.2) ahonda en esa obligatoriedad estableciendo que *“las entidades del sector público (...) valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa (...)*. Esto mismo se establece como objetivo de la Estrategia Nacional de Contratación Pública (art. 334.2.f). En la norma encontramos que las principales

medidas para promover y facilitar la participación de las pymes son :

- La elaboración de un Plan anual de contratación (art. 28.4)
- La nulidad de los contratos que no se publiquen en la PCSP (art. 39.2.c)
- La flexibilización en los requisitos de solvencia tales como: la integración de la solvencia con medios externos (art.75.1) que permite recurrir a solvencia y medios de otras entidades que vayan a contribuir con sus medios durante la ejecución del contrato.
- La simplificación de los requisitos de solvencia económica y técnica, y la ampliación de los medios para su acreditación, en especial para las empresas de nueva creación (art. 88.2 para contratos de obras, 89.1.h para contratos de suministro y 90.4 para contratos de servicios) o la no exigencia de su acreditación en los procedimientos de menor cuantía (art. 159.6)
- La división de los contratos en lotes como regla general y las limitación de los motivos para no hacerlo (art. 99.3)
- La posibilidad de constituir la garantía definitiva mediante retención en el precio en todos los contratos (art. 108.2)
- La acreditación del cumplimiento de requisitos previos a través del DEUC (art. 140)
- El establecimiento de un plazo máximo de pago de sesenta días desde que se presenta la factura (art. 198.4) y en el mismo plazo la obligación de pago por parte de los adjudicatarios a subcontratistas y proveedores (art. 216) y su comprobación por parte del órgano de contratación (art. 217) o incluso la posibilidad de prever el pago directo a estos en los pliegos (DA 51.1)

Otro elemento interesante establecido en la norma (en el art.99.4 y en la Disposición adicional 4ª y Disposición adicional 48ª) es la posibilidad de reserva de algunos lotes y del 7 % y hasta el 10% a los cuatro años de la entrada en vigor de la ley, que coinciden con este año 2021) de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas.

Cabe hacer un par de consideraciones al respecto de las pymes. [Las pymes generan el doble de empleo que las grandes corporaciones](#) tal y como refleja el último informe del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. Y constituyen el 99,9% de las empresas que existen en el Estado Español. [Generan el 72% del empleo empresarial \(más de 8 millones de personas\), pero gestionan menos del 40% de la contratación pública.](#) La contratación pública gestiona entorno al 20% del PIB de la Unión europea. Es por ello urgente un incremento de la participación de las pymes en el valor total de los contratos que se adjudiquen, lo cuál generará un efecto multiplicador en el fomento del empleo, del crecimiento y la innovación tal y como establecen y reclaman las directivas europeas.

Existen diversos elementos en el procedimiento administrativo de contratación pública recogidos en la norma que vale la pena tener en cuenta para explorar todas las posibilidades que plantean. Por un lado, las **prescripciones técnicas de los contratos** (PPT) que son las que definen las características requeridas de lo que se quiera contratar, Por ejemplo el art.125.4 hace referencia al [Reglamento UE 1025/2012 sobre normalización europea cuyo art.30](#) establece que *“las autoridades públicas deben hacer*

*un uso óptimo de toda la gama de especificaciones técnicas aplicables cuando adquieran hardware, software y servicios basados en tecnologías de la información, seleccionando especificaciones técnicas que puedan ser aplicadas por todos los proveedores interesados, lo que permite aumentar la competencia y reducir el riesgo de dependencia respecto a un proveedor (...) es preciso contemplar la posibilidad de que en las especificaciones técnicas de la contratación pública pueda hacerse referencia a especificaciones técnicas de las TIC, para hacer frente a la rápida evolución de dichas tecnologías, facilitar la prestación de servicios transfronterizos, fomentar la competencia y promover la interoperabilidad y la innovación".* En base a esto se podría especificar en el PPT por ejemplo, las características de las herramientas en software libre que se utilizarán en el proyecto de digitalización democrática de los centros educativos.

Otro elemento a tener en cuenta son los **criterios de adjudicación** (art.145) que establecerán la mejor relación calidad-precio con arreglo a criterios económicos y cualitativos. La norma establece específicamente que se podrán incluir aspectos medioambientales (145.3h) o sociales (145.1), vinculados al objeto del contrato en la línea de lo establecido en el art.1.3 "(...) se incorporarán de manera transversal y preceptiva de criterios sociales y medioambientales (...) en la convicción de que proporciona (...) una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos". Por último **las condiciones especiales de ejecución** del contrato (art.202) que podrán referirse a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.

En general hacen falta más ejemplos prácticos de las posibilidades que nos dan estos elementos para profundizar en la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las pymes y de defensa de la competencia tal y como establece la propia Ley 9/2017 en el apartado 3 de su preámbulo.

- Revisión de jurisprudencia al respecto del criterio de arraigo territorial

La posibilidad de introducir criterios geográficos tales como el arraigo territorial es limitada. Es doctrina reiterada del TACRC y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la consideración de ser especialmente vigilante a cualquier restricción a la libre competencia fundada directa o indirectamente en el denominado arraigo territorial, debiendo considerarse nulas aquellas previsiones de los pliegos que puedan impedir la participación en las licitaciones o la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas, si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial. Como norma general, el TACRC establece que el arraigo territorial es una condición no permitida porque rompe con la libre competencia. En concreto, considera discriminatorias las condiciones de arraigo territorial cuando se configuran como requisitos de solvencia o como criterios de adjudicación (Así se recoge en la resolución del TACRC nº 526/2013, de 15 de noviembre, 217/2012, de 3 de octubre, 138/2011, y 139/2011, de 11 de mayo, así como en la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación administrativa (Informe 9/2009, de 31 de marzo). Sin embargo, en su [resolución 406/2019](#), el TACRC permite el arraigo territorial si se exige como un compromiso de adscripción de medios al adjudicatario o como condiciones de ejecución siempre que, en este supuesto, respete el principio de proporcionalidad y guarden relación con el objeto del contrato. En concreto, para determinar su adecuación, deberá valorarse si el arraigo constituye o no una condición proporcionada, atendido el objeto del contrato, o por el contrario, resulta discriminatoria, lo que debe hacerse valorando las circunstancias concretas de cada caso.

## Conclusiones

- La esencia de la Ley 9/2017 (LCSP) es el acceso a la contratación pública de pymes y empresas de economía social así como la utilización de criterios sociales y medioambientales. Lo mismo sucede con las directivas europeas de contratación.
- El verdadero problema está en la aplicación de la ley:

El [primer informe anual de supervisión de la contratación pública de España en 2019](#) realizado por la OIReScon permite identificar las principales áreas de riesgo y preocupación a las que hacer frente en materia de contratación pública. La detección de inercias y falta de adecuación al objeto del contrato de criterios de solvencia (referidos a las características subjetivas de los licitadores), así como de criterios de adjudicación (centrados en el contenido de las ofertas), estarían afectando a la concurrencia en la licitación y acceso de las pymes. Por su parte [el informe de 2020 constata que siguen sin utilizarse adecuadamente, cuando se utilizan, los criterios sociales y de innovación](#) en las condiciones de admisión, criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución, con grados de incumplimiento entre el 25 y el 33%, desperdiciando la oportunidad de contar con las mejoras que su uso implicaría en las políticas sociales, medioambientales y de innovación.

- Urgen medidas concretas que favorezcan la participación efectiva de las pymes en los contratos del sector público:

Se debería promover, entre otras cosas, que el diseño y redacción de los pliegos que han de regir los procedimientos de contratación se adapten al objeto de licitación, propiciando mayor concurrencia y, a través de ella, más eficiencia en el gasto público. [De lo contrario, estaremos privando de oportunidades a la mayor parte de nuestro tejido empresarial, que debería desarrollar todo su potencial en este nuevo marco normativo.](#)

- Una contratación socialmente eficiente es posible:

Para ello es necesario innovación jurídica, voluntad política y administrativa para aprovechar todas las posibilidades de la Ley 9/2017. Todavía son pocas las administraciones públicas que lo están haciendo. Un buen ejemplo es el [Ayuntamiento de Valladolid que en 2018 llegó a un 81% de adjudicación a pymes en contratos de concurrencia abierta](#) y a prácticamente el 100% en los contratos menores. De esos contratos, el 49% fueron adjudicados a pymes domiciliadas en el término municipal de Valladolid y 9% en su entorno provincial. Todo ello con una litigiosidad muy escasa, de apenas el 0,49% y con un éxito de recursos ganados por el Ayuntamiento superior al 90%, que reflejan la virtualidad de las medidas de transparencia para generar confianza en los autónomos y pequeños empresarios en la objetividad de las adjudicaciones. La [instrucción 1/2018, para impulsar la contratación socialmente eficiente: estratégica, íntegra y sostenible en el Ayuntamiento de Valladolid y las entidades de su sector público](#) establece: medidas de fomento de la transparencia; medidas para facilitar la participación de las pymes (incluidas cooperativas y autónomos) en la contratación municipal; cláusulas sociales y criterios de compra pública ética; incorporación de aspectos medioambientales; compra pública de innovación e incentivación de la innovación empresarial a través de la contratación; y calidad y sostenibilidad económica de los contratos municipales. Así utiliza los recursos que se invierten mediante contratos públicos al servicio de las políticas sociales, ambientales, de fomento de la innovación empresarial y de promoción de la pequeña y mediana empresa, y a la vez logra una contratación pública más transparente, íntegra y sostenible. Abarca actuaciones en todas las fases del procedimiento de

contratación, además de unas previas a los expedientes de contratación, que incluyen formación básica a las pymes locales. La fase de preparación de los contratos es la esencial para adaptar el tamaño de los contratos y con ello los requisitos de capacidad y solvencia a los de las empresas pequeñas y medianas. En la fase de adjudicación, la preferencia en la invitación para contratos menores y negociado sin publicidad a pymes; la ampliación en todos los contratos del plazo para presentar ofertas al menos cinco días sobre el mínimo legal; o la utilización de criterios de adjudicación sencillos y principalmente de valoración matemática.

- Faltan datos de contratación pública:

Tal y como constata el último [Informe anual de supervisión de la contratación pública de España aprobado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación \(OIReScon\), con fecha 17 de diciembre de 2020](#): sigue sin haber datos agregados de la contratación menor del sector público, no siendo posible su análisis sistematizado. Desde la OIReScon se insiste en la necesidad de contar con una fuente de datos única de contratación pública, que reduzca cargas a los órganos de contratación y a los licitadores, favorezca la transparencia y la publicidad y permita una adecuada rendición de cuentas. En cuanto al Principio de publicidad y transparencia en la contratación pública no existe un control o verificación de la información publicada por cada órgano de contratación, ni una uniformidad cuantitativa ni cualitativa de la información a publicar en datos abiertos (OPEN DATA) por PLACSP y las plataformas autonómicas, aspecto que afecta directamente a la calidad de la información ofrecida. Respecto a la participación de las pymes en los procedimientos de contratación es importante poder comprobar que dicho acceso y participación en las licitaciones se lleva a cabo, esta información es considerada como obligatoria en los anuncios de formalización de acuerdo al Anexo III de la LCSP y las Directivas, PLACSP recoge este punto, habilitando en el expediente de contratación una casilla correspondiente para indicar: -cuántas ofertas de las recibidas han sido presentadas por PYME en el momento de introducir los datos en la adjudicación. -Da la opción de señalar si la empresa adjudicataria es una PYME. No obstante, estos campos siguen sin ser de obligado cumplimiento, por lo que a pesar de que existe la posibilidad de dar esa información, depende de la voluntad del órgano de contratación su introducción, con lo que se dificulta el seguimiento y análisis de la participación de las PYME o el alcance de las medidas que se adopten para conseguirlo. Es importante tener en cuenta que según el Anexo III de la LCSP es obligatorio indicar en el anuncio de formalización tanto el número de ofertas recibidas que sean PYME, como indicar expresamente cuándo el adjudicatario es una PYME.

Es importante tener presente, en relación con los datos abiertos, el art.347.8 de la Ley 9/2017 en la que se establece que *“la información se publicará en estándares abiertos y reutilizables”* y, por otro lado, el párrafo 2 del apartado 1 del art.63 indica que el acceso a la información del perfil será libre e, igualmente, que *“toda la información contenida en los perfiles de contratante se publicará en formatos abiertos y reutilizables”*, y permanecerá accesible al público durante un periodo de tiempo no inferior a 5 años, sin perjuicio de que se permita el acceso a expedientes anteriores ante solicitudes de información”.

- Es necesario colocar la contratación pública socialmente eficiente en la agenda.

## Tres digresiones

- Pandemia vs Fondos Europeos: Nos encontramos en medio de una crisis sanitaria, social y económica y a las puertas de la llegada de una importante cantidad de fondos públicos a través de los Fondos Europeos del Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia que habrá que gestionar de una manera socialmente eficiente. Gimeno Feliú apunta a la urgencia de [impulsar una nueva cultura de contratación pública: responsable, abierta, innovadora, cooperativa, profesionalizada, tecnológica y transformadora. Una contratación pública estratégica y proactiva y no meramente reactiva](#), que nos prepare también para afrontar futuras crisis sanitarias, climáticas, tecnológicas o energéticas.
- Situación de las pymes: Ante el contexto de crisis derivada de la pandemia de la covid-19 algunos países están reaccionando para apoyar a sus pymes. Es el caso de [Francia que acaba de crear un fondo específico que permitirá a los ahorradores invertir en pequeñas y medianas empresas para promover lo que han denominado como "patriotismo económico"](#).
- Reserva de contratos: En su momento la LCSP estableció la posibilidad de reserva de contratos a centros especiales de empleo de iniciativa social y empresas de inserción (DA48<sup>a</sup>), el Ayuntamiento de Valladolid amplió esta reserva a pymes innovadoras (art.38 de la Instrucción 1/2018). Quizás ha llegado el momento de explorar las posibilidades de reserva en favor de otro tipo de empresas como cooperativas, o pymes que presten sus servicios en el marco de programas post-covid de recuperación social y económica, etc.

## Referencias

Xnet (2020):

<https://xnet-x.net/privacidad-datos-digitalizacion-democratica-educacion-sin-google/>  
<https://xnet-x.net/plan-digitalizacion-democratica-educacion-piloto-barcelona/>

El Mundo (2020): Escándalo en Google: así "espía" a millones de niños en el colegio y en su casa: <https://www.elmundo.es/tecnologia/2020/02/25/5e5459fcfc6c8366368b4577.html>

RTVE (2020): EE.UU. presenta una histórica demanda contra Google por monopolio en las búsquedas de internet: <https://www.rtve.es/noticias/20201020/eeuu-presenta-historica-demanda-contra-google-monopolio-anuncios-busquedas/2046931.shtml>

OBCP (2018) Martínez Fernández, José Manuel: La participación de las pymes en las licitaciones públicas:  
[http://www.obcp.es/sites/default/files/documentos/documentos\\_Panel2\\_Jose-Manuel-Martinez\\_6b2d0cd6.pdf](http://www.obcp.es/sites/default/files/documentos/documentos_Panel2_Jose-Manuel-Martinez_6b2d0cd6.pdf)

Corretja Torrens, Mercè (2019) Publicidad, transparencia y concurrencia empresarial como indicadores de calidad de la compra pública <http://obcp.es/opiniones/publicidad-transparencia-y-concurrencia-empresarial-como-indicadores-de-calidad-de-la>

¿Quién cobra la obra? Una investigación de Civio la contratación de obra pública en España: <https://civio.es/novedades/2016/11/15/quien-cobra-la-obra-una-investigacion-de-civio-sobre-contratos-de-obra-publica-en-espana/>

Directiva 2014/24/UE: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024> Directiva 2014/23/UE: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0023&from=EN>

Las pymes generan el doble de empleo que las grandes corporaciones: [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/01/14/pyme/1579036929\\_454752.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/01/14/pyme/1579036929_454752.html)

[Reglamento \(UE\) n °1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 , sobre la normalización europea](#)

[Recurso nº 232/2019 C.A. Cantabria 10/2019 Resolución nº 406/2019 RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRALDE RECURSOS CONTRACTUALES](#)

[Contratar pymes: una prioridad para la Administración: https://www.expansion.com/juridico/opinion/2020/02/10/5e3daf2de5fdea93038b45b5.html](#)

[Informe anual de supervisión de la contratación pública de España \(OIReScon, 2019\)](#)

[Informe anual de supervisión de la contratación pública de España aprobado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación \(OIReScon, 2020\)](#)

[Gimeno Feliu, 2021: De las ideas a la acción en la gestión de los fondos europeos: reflexiones propositivas para el diseño de una adecuada gobernanza en su ejecución](#)

## **Anexos**

- **ANEXO I:** [Ley 9/2017 del 8 de noviembre](#), de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.
- **ANEXO II:** [Instrucción 1/2018](#), para impulsar la contratación socialmente eficiente: estratégica, íntegra y sostenible en el Ayuntamiento de Valladolid y las entidades de su sector público.

Trabajo Final del Posgrado en Tecnopolítica y Derechos en la Era Digital

*Claudia Delso Carreira*  
enero 2021