

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA

Valladolid, 9 de mayo de 2018

Teresa Medina Arnáiz. Universidad de Burgos

tmedina@ubu.es

LAS EXIGENCIAS DE UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA

- **Consideraciones iniciales:** Objetivos de la contratación pública, antecedentes, concepto y marco legal.
- ¿Cómo se puede lograr una contratación pública estratégica? Su incorporación al contrato en las **distintas fases de un procedimiento de adjudicación**
 1. Fase de preparación de los contratos
 2. Fase de selección del contratista
 3. Fase de adjudicación del contrato
 4. Fase de ejecución del contrato

OBJETIVOS PRINCIPALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

- El TJUE ha reiterado en distintas ocasiones que el **objetivo principal** de las normas de la Unión en materia de contratos públicos es la apertura a la competencia más amplia posible – y no falseada – en todos los Estados miembros.
- Cualquier normativa sobre contratación pública pretende lograr que las entidades públicas lleven a cabo sus obras y adquirieran sus bienes y servicios en las mejores condiciones posibles y con la mejor relación calidad-precio.
- Búsqueda de una **satisfacción de tipo funcional**, esto es, la consecución de la prestación demandada: el suministro de un bien, la realización de una obra o la gestión de un servicio.

OBJETIVOS SECUNDARIOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

- La inclusión de consideraciones sociales o/y medioambientales en los contratos públicos permite que la compra pública, más allá de satisfacer las necesidades del órgano de contratación, pueda ser utilizada para orientar y afianzar comportamientos beneficiosos para el interés general.
- Consideración de la contratación pública como un **elemento clave** para alcanzar objetivos públicos más ambiciosos – «**Contratación pública estratégica**» (Estrategia Europa 2020)
- Se habla entonces de **objetivos secundarios / colaterales / horizontales** para distinguir los distintos niveles de adecuación a las necesidades que pretenden cubrirse con el contrato y para la búsqueda de una mejor relación calidad-precio para el dinero público.

OBJETIVOS SECUNDARIOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

- La utilización de la contratación pública como instrumento para el cumplimiento de otras finalidades públicas dependerá de lo que establezca el propio **ordenamiento jurídico** y de la **intención política** en incorporar este objetivo a las compras públicas.
- Una vez reconocida su admisión – y salvo que el ordenamiento jurídico establezca su obligatoriedad o, en su caso, la recomendación de su inclusión – su incorporación a cada contrato dependerá de la **decisión del órgano de contratación competente** que valorará las circunstancias de la concreta licitación.

INCIDENCIA DEL DERECHO EUROPEO

- Las Directivas de principios de los años noventa no contenían referencias explícitas a la posibilidad de instrumentalizar la contratación pública para conseguir otros objetivos más allá de los estrictamente económicos.
- El TJUE había consagrado la posibilidad de alcanzar **objetivos sociales** con la adjudicación de contratos públicos (Sentencia *Beentjes* 1988) – la sentencia de 26 de septiembre de 2000, *Comisión/Francia (Nord-Pas-de-Calais)* «criterio adicional». En su sentencia *Concordia Bus Finland* (2002) y *EVN y Wienstrom* (2003), el Tribunal de Justicia afirmó explícitamente que se podían tomar en consideración criterios relativos a la **preservación del medio ambiente**.
- Comunicación interpretativa sobre las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos [COM (2001) 566 final, de 15 de octubre de 2001].
Comunicación interpretativa sobre las posibilidades de integrar aspectos medioambientales en dichos contratos [COM (2001) 274 final, de 4 de julio de 2001].

INCIDENCIA DEL DERECHO EUROPEO

- Las **Directivas 2004/17/CE** («sectores especiales») y **Directiva 2004/18/CE** («clásica») ya posibilitaban la incorporación de cláusulas sociales y medioambientales bajo ciertas condiciones.
- **Estrategia Europa 2020.** *Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador* (modelo económico sostenible, marzo 2010). La Comisión propone para la UE objetivos políticos cuantificables para 2020, entre los que se refiere expresamente al empleo; la lucha contra la pobreza; el cambio climático y la energía
- **Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE.** Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente, COM (2011) 15 final, de 25 de enero de 2011 ¿Qué comprar? Y ¿cómo comprar?

La “cuarta generación” de Directivas sobre contratación pública

- La Directiva 2014/23/UE (concesiones)
- La Directiva 2014/24/UE («sectores clásicos»)
- La Directiva 2014/25/UE («sectores especiales»)

Se orientan a simplificar y modernizar las normas contractuales europeas, persiguiendo **objetivos complementarios** con los presentados en la *Estrategia Europa 2020* y en el Acta del Mercado Único buscando incrementar la eficiencia del gasto público.

Directiva 2014/24/UE: Principios de la contratación. Exigencia del cumplimiento de las obligaciones aplicables en materia social, laboral o medioambiental (artículo 18.2 – Anexo X); **Especificaciones técnicas** (artículo 42); **Etiquetas** (artículo 43); **Motivos de exclusión** (artículo 57); **Criterios de adjudicación** (artículo 67); **Condiciones de ejecución del contrato** (artículo 70).

La “cuarta generación” de Directivas sobre contratación pública

Las Directivas adoptadas en 2014 proporcionan un conjunto de instrumentos que permite a los Estados miembros realizar un uso más eficiente y estratégico de la contratación pública.

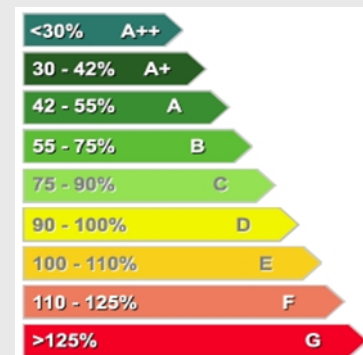
La contratación pública se enfrenta a nuevos desafíos entre los que destacan servir a objetivos de política horizontal y valores como la innovación, la inclusión social y la sostenibilidad económica y medioambiental; la accesibilidad y la creación de cadenas de suministro responsables.

(Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública — Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública; y la Comunicación de la Comisión *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa*, COM (2017) 572 final).

PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE

Legislación sobre sectores específicos (vehículos – edificios – equipos ofimáticos)

- Se debe exigir en los contratos públicos cierto nivel de eficiencia energética.
- Se debe tener en cuenta los impactos energético y ambiental.
- Se ha pedido a los poderes adjudicadores que procuren adquirir sólo productos pertenecientes a la clase de eficiencia energética más elevada.
- Existe una metodología común para el cálculo de los costes de utilización de los vehículos de transporte.



CONTRATACIÓN PÚBLICA SOSTENIBLE / RESPONSABLE

Contratación Verde

Compra pública social

Integrar las inquietudes sociales en los procedimientos de adjudicación de un contrato público al tomar en consideración aspectos como la calidad en el empleo, la perspectiva de género, la contratación de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables o la contratación de empresas de inserción y Centros Especiales de Empleo

Compra ética

Cumplimiento de estándares éticos establecidos en las convenciones internacionales sobre condiciones laborales dignas, salarios mínimos, derechos de los trabajadores o lucha contra el trabajo infantil y trabajo forzoso Convenio OIT (núm. 94) y a la Recomendación (núm. 84)

El concepto de "**cláusula social/medioambiental**" se emplea para referirse al hecho de que la inversión pública que acompaña la contratación pública tome en consideración, promueva o impulse objetivos de interés general en un sentido amplio.

HACIA UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA

- Acuerdo 44/2016, de 21 de julio, de la **Junta de Castilla y León**, impulsa la incorporación de aspectos sociales en la contratación mediante la reserva de contratos, la inclusión de cláusulas sociales y los novedosos proyectos de inserción sociolaboral.
- Acuerdo de 18 de octubre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se impulsa la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la **Comunidad Autónoma de Andalucía**.
- Decreto de Alcaldía S1/D/2017-1271 de 24 de abril, de contratación pública sostenible del **Ayuntamiento de Barcelona**.
- Anteproyecto de Ley de uso estratégico de la contratación pública en **Aragón** (marzo 2018)
- Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, de **Navarra**.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre

Exposición de motivos: El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice 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. Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre

En el articulado: Las consideraciones de tipo social, medioambiental se exigen en todas las fases del contrato. Se pueden incluir tanto como criterios de selección cualitativa, al establecerse los criterios de adjudicación, como condiciones especiales de ejecución. Y, los incumplimientos de estas exigencias pueden justificar tanto la exclusión del operador económico del procedimiento de licitación, como el rechazo de una oferta (ofertas anormalmente bajas) o ser causa de resolución del contrato.

Artículo 1.3 “En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social”

¿CÓMO INCORPORAR CLÁUSULAS SOCIALES y /o MEDIAMBIENTALES A UN CONTRATO?

Requisitos relativos a la prestación demandada

- Definición del objeto
- Especificaciones técnicas
- Criterios de adjudicación
- Condiciones de ejecución

Requisitos relativos al licitador

- Criterios de selección cualitativa (solvencia técnica, prohibiciones de contratar)

FASE DE PREPARACIÓN

DEFINICIÓN DEL OBJETO CONTRACTUAL Y DE LAS NECESIDADES A SATISFACER

La definición del objeto del contrato y la identificación de las necesidades a satisfacer resulta esencial en la selección de cláusulas sociales/medioambientales que se pueden incorporar a cada contrato, puesto que su importancia va más allá del momento inicial del contrato incidiendo también en la fase de adjudicación al requerirse, por ejemplo, que los criterios que se utilicen como criterios de adjudicación deban estar vinculados al objeto del contrato.

Artículo 28. Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación.

Artículo 35.1.c) Definición del objeto y tipo del contrato, teniendo en cuenta en la definición del objeto las consideraciones sociales, ambientales y de innovación.

Artículo 99. Objeto del contrato

FASE DE PREPARACIÓN

Contratos necesitados de perspectiva medioambiental

1. **Productos y servicios de limpieza**
2. **Sistemas de calefacción**
3. **Papel para copias y papel gráfico**
4. **Equipos ofimáticos**
5. **Aparatos eléctricos y electrónicos**
6. **Equipos de impresión de imágenes** (impresoras, fotocopadoras)
7. **Construcción** (Eficiencia energética - Materiales de construcción)
8. **Transporte** (vehículos limpios y eficientes energéticamente)
9. **Mobiliario – paneles murales**
10. **Alumbrado** (interior – exterior) – **alumbrado público y semáforos**
11. **Alimentación y servicios de restauración**
12. **Productos textiles** (Etiqueta ecológica europea)
13. **Productos y servicios de jardinería**
14. **Grifería sanitaria**
15. **Inodoros y urinarios de descarga**

FASE DE PREPARACIÓN

PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN

- Un presupuesto base de licitación conforme al precio de mercado es un requerimiento legal que hace aconsejable que el órgano de contratación realice los estudios económicos necesarios para garantizar que el precio del contrato incorpore, entre otros aspectos, los costes salariales que conlleva el contrato y evitar así la presentación de ofertas con valores anormales o desproporcionados.
- La estimación del presupuesto de licitación debe hacerse teniendo en cuenta los **costes salariales** – según el convenio colectivo aplicable en el sector o rama de actividad de que se trate – de los trabajadores/as que efectivamente se van a adscribir a la prestación contractual.

Artículo 100.2. Presupuesto base de licitación.

FASE DE PREPARACIÓN

ESPECIFICACIONES TÉCNICAS

- Las especificaciones técnicas establecen las características del contrato que se licita y deben justificarse por parte del órgano de contratación de forma objetiva y razonable, sin que tales especificaciones puedan impedir la participación en la licitación, ni supongan el establecimiento de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas que carezcan de fundamento.
- En función del objeto del contrato, las prescripciones técnicas pueden incluir condiciones de carácter medioambiental al detallar las características requeridas del material, producto, suministro o servicio demandado por el órgano de contratación o bien en referencia al proceso de producción, prestación o comercialización de la obra, suministro o servicio objeto del contrato.

Artículo 125. Definición de determinadas prescripciones técnicas.

Artículo 126. Reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas.

Artículo 127. Etiquetas.

ACREDITACIÓN MEDIANTE ETIQUETAS

- Cuando los órganos de contratación tengan la intención de adquirir obras, suministros o servicios con características específicas de tipo medioambiental, social u otro, **podrán exigir**, en las prescripciones técnicas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato, una **etiqueta específica** como medio de prueba de que las obras, los servicios o los suministros cumplen las características exigidas, etiquetas de tipo social o medioambiental, como aquellas relacionadas con la agricultura o la ganadería ecológicas, el comercio justo, la igualdad de género o las que garantizan el cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo



ESPECIFICACIONES TÉCNICAS MEDIANTE ETIQUETAS



Al exigir una etiqueta concreta, también se aceptarán aquellas pruebas que confirmen requisitos equivalentes



Las especificaciones técnicas se deben redactar teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos



No pueden suponer obstáculos a la innovación



No se pueden limitar a un determinado producto o marca sin mención de la expresión “o equivalente”



La política general de responsabilidad corporativa no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación contractual

ECOETIQUETAS Y ETIQUETAS MEDIOAMBIENTALES

Algunos ejemplos ilustrativos de certificación con características medioambientales

- **Etiqueta ecológica de la UE («EU Ecolabel»)**

La etiqueta ecológica comprende 34 grupos de productos y servicios, incluidos papel, textiles, productos de limpieza, lubricantes, electrodomésticos, productos para el hogar y el jardín y alojamiento turístico.

- **Ángel Azul («Blue Angel»)**

- **Cisne Nórdico («Nordic Swan»)**

- **Etiquetado energético de la UE («EU Energy Labelling»)**

- **Etiquetado EnergyStar para equipos ofimáticos**



ECOETIQUETAS Y ETIQUETAS MEDIOAMBIENTALES

- **Certificados de explotación sostenible: FSC (Forest Stewardship Council)**
 - madera y papel
- **PEFC** (programa para el reconocimiento de los sistemas de certificación forestal)
- **MSC** (Marine Stewardship Council) Pescado y marisco
- **UNE-EN 60300-3-3:2009** Gestión de la confiabilidad. Cálculo del coste del ciclo de vida.
- **Oeko – Tex Standard 100** (textiles sin sustancias nocivas)



FASE DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

En esta fase el órgano de contratación tratará de comprobar que el licitador reúne las condiciones necesarias de aptitud para la ejecución del contrato y asegurarse que éstos:

- (1) cumplen las condiciones de capacidad;
- (2) cumplen los requisitos de solvencia exigidos en el pliego para participar en el procedimiento;
- (3) no incurrir en prohibición de contratar y
- (4) cuentan con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación contractual.

El cumplimiento de estos requisitos previos, a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones, es condición necesaria para que el licitador no sea excluido de la licitación, ya que los licitadores que no acrediten la concurrencia de estas condiciones de aptitud deben quedar excluidos del procedimiento de adjudicación.

FASE DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

Solvencia técnica

En el ámbito medioambiental, se exigen certificados de gestión medioambiental a las empresas licitadoras, como condición de solvencia técnica, esto es, para acreditar la experiencia o el «buen hacer» de esa empresa en el ámbito de la protección del medio ambiente.

Artículo 94. Acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental

Prohibiciones de contratar

Que se anudan a una condena por sentencia firme (art. 71.1.a)

Aquellas que derivan de una sanción administrativa firme (artículos 71.1.b) y 71.1.f)

Prohibiciones de contratar por incumplimiento de sus obligaciones legales (art. 71.1.d)

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

La LCSP reconoce expresamente la posibilidad de incorporar a los contratos como criterios para seleccionar la oferta con mejor relación calidad-precio, criterios de carácter cualitativo que incluya aspectos medioambientales o sociales

Los criterios han de servir de base para la adjudicación del contrato de adjudicación, deben cumplir los siguientes requisitos:

- a) En todo caso estarán **vinculados al objeto del contrato**.
- b) Deberán ser formulados de manera **objetiva**, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.
- c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de **competencia efectiva**.

Artículo 145. Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato.

Artículo 146. Aplicación de los criterios de adjudicación.

Artículo 147. Criterios de desempate.

Artículo 148. Definición y cálculo del ciclo de vida.

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

- Las **características medioambientales** podrán referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.
- Las **características sociales** del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN



Deben estar vinculados al objeto del contrato



Deben publicarse previamente



Deben ser criterios específicos y cuantificables



Deben respetar los principios de igualdad y no discriminación



La ponderación de los criterios de adjudicación no puede modificarse durante el procedimiento

CONDICIONES DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Las condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.

Será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera el artículo 202.2 de la LCSP.

Artículo 201. Obligaciones en materia medioambiental, social o laboral

Artículo 202. Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden

CONDICIONES DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Consideraciones de tipo medioambiental que persigan: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.

CONDICIONES DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Las **consideraciones de tipo social o relativas al empleo**, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la OIT, o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

CONDICIONES DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO



Deben estar vinculadas al objeto del contrato



Deben respetar el Derecho comunitario



Deben indicarse en el anuncio, pliegos o en el contrato



Deben respetar los principios de igualdad y no discriminación



No resulta pertinente que estas condiciones especiales de ejecución se refieran a los criterios de aptitud para contratar o al mero cumplimiento de las obligaciones impuestas por las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales vigentes en materia laboral y social

A MODO DE CONCLUSIÓN

- Existe fundamentación jurídica suficiente para que los órganos de contratación apuesten por una contratación pública responsable, no sólo como una mera posibilidad, sino como un mandato.
- Su desarrollo, aunque lento se ha ido consolidando y podemos citar incontables referencias: comunicaciones, jurisprudencia, dictámenes e informes, pliegos de contratación, instrucciones, circulares, acuerdos, y un abundante cuerpo legal autonómico, nacional y europeo.
- El control de la fase de ejecución del contrato resulta fundamental para garantizar que la finalidad social de la compra pública realizada se cumple.



Muchas gracias por su atención

tmedina@ubu.es