

# Adquisiciones sociales

Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas



La Europa social



Comisión Europea

La presente publicación está financiada en el marco del Programa de la Unión Europea para el Empleo y la Solidaridad Social (2007-2013). El programa está gestionado por la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea. Fue creado para contribuir a que se alcancen los objetivos de la Unión Europea en materia de empleo y asuntos sociales, como se establece en la Agenda Social, y, de este modo, contribuir a alcanzar los objetivos de la Estrategia EUROPA 2020 en dichos ámbitos.

El Programa septenal está destinado a todas las partes interesadas que puedan contribuir a conformar una legislación y unas políticas sociales y de empleo adecuadas y efectivas en los veintisiete Estados miembros de la UE, los países de la AELC-EEE y los países candidatos y precandidatos a la adhesión a la UE.

La misión del programa PROGRESS es fortalecer la contribución de la UE para apoyar los compromisos y los esfuerzos de los Estados miembros por crear más y mejores empleos, así como para formar una sociedad más cohesiva. En este sentido, PROGRESS sirve para lograr los siguientes objetivos:

- ofrecer análisis y asesoramiento político sobre las áreas de actividad de PROGRESS;
- supervisar e informar sobre la aplicación de la legislación y las políticas de la UE en las áreas de actividad de PROGRESS;
- promover la transferencia, el aprendizaje y el apoyo de políticas entre los Estados miembros en lo relativo a los objetivos y prioridades de la UE; y
- divulgar los puntos de vista de las partes interesadas, así como de la sociedad en general

Para más información al respecto, consúltese:

<http://ec.europa.eu/progress>

# **Adquisiciones sociales**

Una guía para considerar  
aspectos sociales  
en las contrataciones  
públicas

**Comisión Europea**

Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades

Unidad D.2

Dirección General de Mercado Interior y Servicios

Unidad C.3

Manuscrito terminado en octubre de 2010

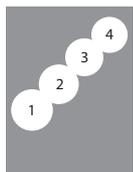
Documento elaborado a partir del SEC(2010) 1258 final. Ni la Comisión Europea ni ninguna persona que actúe en su nombre serán responsables del uso que pueda hacerse de las informaciones contenidas en la presente publicación.

### **Aviso importante**

Aunque la información de esta Guía se ha revisado cuidadosamente, la Comisión Europea no asume ninguna responsabilidad con respecto a los casos específicos que en ella se mencionan.

Esta Guía constituye un documento de trabajo indicativo del personal de la Comisión y no puede considerarse vinculante con respecto a la Comisión de ninguna manera. También está sujeta a la evolución de las prácticas de la Comisión y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

© Fotografías de la portada:



- 1: 123RF
- 2: Getty Images
- 3: 123RF
- 4: 123RF

Cualquier uso o reproducción de fotografías no protegidas por los derechos de autor de la Unión Europea requerirá la autorización expresa del titular o titulares de tales derechos.

Europe Direct es un servicio  
que le ayudará a encontrar respuestas  
a sus preguntas sobre la Unión Europea

Número de teléfono gratuito (\*):  
**00 800 6 7 8 9 10 11**

(\*) Algunos operadores de telefonía móvil no autorizan  
el acceso a los números 00 800 o cobran por ello.

Más información sobre la Unión Europea, en el servidor Europa de Internet (<http://europa.eu>).

Al final de la obra figuran una ficha catalográfica y un índice.

Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2011

ISBN 978-92-79-18390-4

doi: 10.2767/17682

© Unión Europea, 2011

Reproducción autorizada, con indicación de la fuente bibliográfica

*Printed in Belgium*

IMPRESO EN PAPEL BLANQUEADO SIN CLORO ELEMENTAL (ECF)

# Contenido

Introducción .....	5
<b>I. Adquisiciones sociales: cuestiones clave .....</b>	<b>7</b>
1. Contrataciones públicas socialmente responsables (CPSR): una definición .....	7
2. Las posibles ventajas de las CPSR.....	9
2.1. Ayudar en el cumplimiento de leyes sociales y laborales, incluidos los programas y los compromisos de políticas nacionales e internacionales relacionados.....	9
2.2. Estimular mercados con conciencia social .....	9
2.3. Demostrar habilidades de gobernanza sensibles a los aspectos sociales.....	10
2.4. Fomentar la integración .....	10
2.5. Garantizar gastos públicos más eficaces.....	10
3. Las CPSR y el modelo social de la UE.....	10
4. El enfoque legal y político a las CPSR en la UE .....	11
4.1. Desarrollar la dimensión social de las políticas y la legislación de la UE .....	11
4.2. El enfoque legal y político a las CPSR en la UE .....	11
4.3. Servicios sociales de interés económico general.....	12
4.4. equeñas y medianas empresas .....	13
<b>II. Una estrategia organizativa para las adquisiciones sociales .....</b>	<b>15</b>
1. Establecer los objetivos de las contrataciones públicas socialmente responsables .....	15
2. Ofrecer compromisos políticos y grupos de liderazgo de alto nivel para las CPSR.....	15
3. Medir los riesgos y dar prioridad a las categorías de gastos organizativos para mejorar los resultados sociales .....	16
4. Generar conciencia sobre las CPSR e involucrar a los participantes clave .....	18
5. Implementar la estrategia de las CPSR.....	18
6. Medir la implementación eficaz.....	19
7. Resumen del proceso de contratación.....	19
7.1. La importancia del asesoramiento jurídico.....	20
7.2. Preparar el procedimiento de contratación.....	20
8. Etapas del procedimiento de contratación y enfoques a las CPSR.....	20
<b>III. Identificación de las necesidades y planificación de la contratación.....</b>	<b>23</b>
1. La importancia de evaluar las necesidades reales .....	23
2. Definir el objeto .....	23
3. Aumentar el acceso a las oportunidades de contratación.....	25
3.1. Mejorar el acceso a las oportunidades de contratación.....	25
3.2. Reservas para talleres protegidos .....	27

IV. El contrato.....	29
A. Definición de los requisitos del contrato.....	29
1. Diseñar las especificaciones técnicas.....	29
2. Utilizar especificaciones basadas en el cumplimiento o funcionales .....	30
3. Uso de variantes .....	30
4. Etiquetas sociales y las incidencias para el comercio ético .....	31
5. Considerar aspectos sociales en los métodos y los procesos de producción .....	33
6. Discapacidad y especificaciones técnicas .....	33
B. Selección de proveedores, prestadores de servicios y contratistas.....	35
1. Criterios de exclusión.....	35
2. Capacidad técnica.....	35
C. Adjudicación del contrato .....	37
1. Normas generales para elaborar criterios de adjudicación y para adjudicar contratos.....	37
1.1. Condiciones aplicables a los criterios de adjudicación en la evaluación de la licitación.....	38
1.2. El «criterio adicional».....	40
2. Tratar «ofertas anormalmente bajas» .....	41
3. Sesión informativa con oferentes que no han sido seleccionados.....	42
D. Cumplimiento del contrato.....	43
1. Reglas que rigen las cláusulas de cumplimiento del contrato .....	43
2. Ejemplos de aspectos sociales que pueden incluirse en las cláusulas de cumplimiento del contrato .....	44
3. Cumplimiento del marco jurídico nacional sobre empleo .....	46
4. Gestión de la cadena de suministro .....	47
5. Gestión de contratos y control del cumplimiento .....	48

# Introducción

Las contrataciones públicas socialmente responsables (CPSR) tienen por objeto establecer un ejemplo e influir en el mercado. Al promover las CPSR, las autoridades públicas pueden brindar a las empresas incentivos reales para desarrollar una gestión socialmente responsable. Al realizar adquisiciones de manera prudente, las autoridades públicas pueden promover oportunidades de empleo, trabajos dignos, inclusión social, accesibilidad, diseño para todos, comercio ético y buscar alcanzar un cumplimiento más amplio de las normas sociales. Para algunos productos, trabajos y servicios, el impacto puede ser muy significativo, ya que quienes realizan adquisiciones públicas controlan una cuota de mercado amplia (por ejemplo, en el sector de la construcción, servicios comerciales, tecnología de la información (TI) y así sucesivamente). En general, las autoridades públicas son los consumidores principales de Europa, que gastan cerca del 17% del producto interior bruto de la UE (una suma equivalente a la mitad del PIB de Alemania). Por lo tanto, al utilizar su poder de compra para elegir bienes y servicios que también ofrecen buenos resultados sociales, pueden realizar un aporte importante hacia el desarrollo sostenible.

La base legal para las contrataciones públicas en la Unión Europea se ofrece a través de las Directivas 2004/17/CE<sup>1</sup> y 2004/18/CE<sup>2</sup> (las «Directivas de contratación»)<sup>3</sup>, que ofrecen un ámbito para considerar aspectos sociales, siempre que, en particular, estén vinculados con el objeto del contrato<sup>4</sup> y sean proporcionales a sus requisitos y siempre que se respeten los principios de valor del dinero y

de igualdad de acceso para todos los proveedores de la UE.

A través de los años, este tema ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), mediante una Comunicación de la Comisión Europea en 2001<sup>5</sup> y por un estudio publicado por la Comisión en 2003 sobre la diversidad y la igualdad en las contrataciones públicas ([http://ec.europa.eu/employment\\_social/fundamental\\_rights/public/arc\\_en.htm#Leaflets](http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/public/arc_en.htm#Leaflets)).

El objetivo de esta Guía es (a) sensibilizar a las entidades adjudicadoras sobre las posibles ventajas de las CPSR y (b) explicar de forma práctica las oportunidades que ofrece el marco legal actual de la UE para que las autoridades públicas puedan tener en cuenta los aspectos sociales en las contrataciones públicas y, de esta manera, prestar atención no sólo al precio sino también a la oferta económicamente más ventajosa. Para elaborar esta Guía, la Comisión realizó numerosas consultas a las autoridades públicas de los Estados miembros y a muchos otros interesados y participantes.

Esta Guía se editó principalmente para las autoridades públicas, pero también con la intención de que pueda inspirar a los compradores del sector privado.

Por motivos prácticos, esta Guía sigue el procedimiento de contratación paso por paso.

<sup>1</sup> Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, con fecha 31 de marzo de 2004, que coordina los procedimientos de contrataciones de las entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante, la «**Directiva 2004/17/CE**»);

<sup>2</sup> Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, con fecha 31 de marzo de 2004, relativa a la coordinación de procedimientos para la adjudicación de contratos de obras públicas, contratos de suministro público y contratos de servicios públicos (en adelante, la «**Directiva 2004/18/CE**»);

<sup>3</sup> Las Directivas de contratación se basan en los principios del Tratado y «en particular, el principio de libre circulación de mercancías, el principio de libertad de establecimiento, el principio de libertad para brindar servicios y los principios que de ellos deriven, tales como el principio de igualdad en el trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia». Las disposiciones de las Directivas de contratación deberán interpretarse de acuerdo con las normas y los principios antes mencionados y otras normas del Tratado (consulte el Considerando 2 de la Directiva 2004/18/CE y el Considerando 9 de la Directiva 2004/17/CE);

<sup>4</sup> O, de manera alternativa, con el cumplimiento del contrato, en los casos en los que se incluyen consideraciones sociales en las cláusulas de cumplimiento del contrato.

<sup>5</sup> COM(2001) 566 sobre la legislación de la UE que se extiende a los contratos públicos y a las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos.



# I. Adquisiciones sociales: cuestiones clave

## 1. Contrataciones públicas socialmente responsables (CPSR): una definición

1.1 Las «CPSR» se refieren a las operaciones de contratación que tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social (incluidas las personas con discapacidad), igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético<sup>6</sup> y un cumplimiento voluntario más amplio de la responsabilidad social de las empresas (RSE), a la vez que se respetan los principios consagrados en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y las Directivas de contratación. Las CPSR pueden ser una herramienta muy eficaz para avanzar en el desarrollo sostenible y para alcanzar los objetivos sociales de la UE (y los Estados miembros). Las CPSR cubren una amplia escala de aspectos sociales, los cuales pueden tener en cuenta las entidades adjudicadoras en la etapa apropiada del procedimiento de contratación. Los aspectos sociales pueden combinarse con los aspectos ecológicos en un enfoque integrado hacia la sostenibilidad en las contrataciones públicas<sup>7</sup>.

1.2 Para respaldar las políticas sociales, las entidades adjudicadoras cuentan con distintos métodos para considerar los aspectos sociales en las contrataciones públicas. A continuación, se ofrece una **lista no exhaustiva de ejemplos** de aspectos sociales potencialmente importantes para las contrataciones públicas, **sujetos al cumplimiento de las Directivas de contratación y de los principios fundamentales del TUE. Sin embargo, muchos aspectos sociales, en función de su naturaleza, sólo pueden incluirse en determinadas etapas**

**del procedimiento de contratación<sup>8</sup>. Además, las entidades adjudicadoras también deben decidir en cada caso qué aspectos sociales son relevantes para la contratación, en función del objeto del contrato y de sus objetivos.** Los siguientes aspectos sociales podrían ser relevantes para la contratación:

- Promover «oportunidades de empleo», por ejemplo:
  - promoción del empleo de jóvenes;
  - promoción del equilibrio de género<sup>9</sup> (por ejemplo, equilibrio entre la vida laboral y familiar, lucha contra la segregación profesional y sectorial, etc.);
  - promoción de oportunidades de empleo para trabajadores desempleados por períodos prolongados y trabajadores mayores;
  - políticas sobre diversidad y oportunidades de empleo para personas de grupos con desventajas (por ejemplo, trabajadores itinerantes, minorías étnicas, minorías religiosas, personas con niveles de educación bajos, etc.);
  - promoción de oportunidades de empleo para personas con discapacidad, inclusive a través de entornos laborales accesibles y de inclusión.
- Promover «trabajos dignos»<sup>10</sup>:  
Este concepto avalado en todo el mundo se basa en la convicción de que las personas tienen el derecho a tener empleos productivos en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana.

<sup>6</sup> Para conocer más detalles, consulte la sección 4 del capítulo IV («Etiquetas sociales y las incidencias para el comercio ético»).

<sup>7</sup> Con respecto a las consideraciones ecológicas relacionadas con las contrataciones públicas, consulte la Comunicación de la Comisión COM(2008) 400/2 «Public procurement for a better environment» (Contratación pública para la mejora del medio ambiente) ([http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/com\\_2008\\_400.pdf](http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/com_2008_400.pdf)) y el documento de servicios de la Comisión «Buying Green — Handbook on Green Public Procurement» (Adquisiciones ecológicas - Manual sobre contratación pública ecológica) ([http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying\\_green\\_handbook\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_es.pdf)). Sin embargo, el documento Handbook on Green Public Procurement (Manual sobre contratación pública ecológica) se publicó en 2004 y no tiene en cuenta los avances en la legislación de la UE desde entonces.

<sup>8</sup> Por ejemplo, en líneas generales, es más apropiado incluir los aspectos sociales relacionados con las condiciones laborales en las cláusulas de cumplimiento del contrato, ya que generalmente no reúnen los requisitos de especificaciones técnicas ni criterios de selección, dentro del alcance de las Directivas de contratación. Por otro lado, suele ser más apropiado incluir las consideraciones sobre accesibilidad en las especificaciones técnicas.

<sup>9</sup> El concepto de equilibrio de género cubre no sólo la representación insuficiente de mujeres en determinados sectores, sino también la representación insuficiente de hombres en sectores «feminizados», tales como el cuidado infantil y la educación escolar básica.

<sup>10</sup> Comisión Europea, COM(2006) 249, con fecha 24 de mayo de 2006, p. 2: «Combinar la competitividad económica y la justicia social de esta manera es la cuestión central del modelo de desarrollo europeo. Desempeñar un papel activo en la promoción de un trabajo digno constituye una parte integral de la Agenda Social Europea y de los esfuerzos de la UE por promover sus valores y compartir su experiencia y su modelo de desarrollo económico y social integrado». Consulte también el compromiso renovado hacia el programa de trabajo digno en el Documento de trabajo del personal de la Comisión «Report on the EU contribution to the promotion of decent work in the world» (Informe sobre la contribución de la UE al fomento de trabajos dignos en el mundo), SEC(2008) 2184, basado en COM(2008) 412 final.



El Programa de trabajo digno consta de cuatro elementos interdependientes e iguales en importancia: el derecho a un trabajo productivo y elegido libremente, los principios y los derechos fundamentales en el lugar de trabajo, empleos que garanticen ingresos dignos, protección social y diálogo social. Para el Programa de trabajo digno, la igualdad entre hombres y mujeres y la no discriminación son cuestiones interrelacionadas. En el contexto de las CPSR, existen diversas cuestiones que pueden desempeñar un papel importante, por ejemplo:

- cumplimiento de las normas fundamentales de trabajo<sup>11</sup>;
  - salarios dignos;
  - salud y seguridad laboral;
  - diálogo social;
  - acceso a cursos de formación;
  - igualdad de género y no discriminación;
  - acceso a protección social básica.
- Promover el cumplimiento de los «derechos sociales y laborales», tales como:
    - cumplimiento de leyes nacionales y convenios colectivos que cumplan con la legislación de la UE;
    - cumplimiento del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, incluido el principio de igualdad salarial por trabajos de igual valor y la promoción de la igualdad de género;
    - cumplimiento de las leyes de salud y seguridad laboral;
    - lucha contra la discriminación por otros motivos (edad, discapacidad, origen racial, religión y creencias, orientación sexual, etc.) y la creación de oportunidades iguales.
  - Respalda la «inclusión social» y promover organizaciones de economía social, tales como:
    - igualdad de acceso a las oportunidades de contratación para empresas dirigidas por o que emplean a personas de grupos étnicos o minoritarios: cooperativas, empresas sociales y organizaciones sin ánimo de lucro, por ejemplo;
    - promover empleos de apoyo para personas con discapacidad, inclusive en el mercado laboral abierto.

<sup>11</sup> Las normas fundamentales de trabajo de la OIT prohíben el trabajo forzado (Convenciones 29 y 105) y el trabajo infantil (Convenciones 138 y 182) y establecen el derecho a la libertad de asociación y la negociación colectiva (Convenciones 87 y 98) y a la no discriminación en términos de empleo y ocupación (Convenciones 100 y 111). Las bases legales de las normas fundamentales de trabajo son las ocho convenciones centrales de la OIT arriba mencionadas, que han sido ratificadas por todos los 27 Estados miembros de la UE.

- Promover la «*accesibilidad y el diseño para todos*»<sup>12</sup>, tales como:
  - disposiciones obligatorias en las especificaciones técnicas que garanticen el acceso de personas con discapacidad a, por ejemplo, servicios y edificios públicos, medios de transporte públicos, información pública y bienes y servicios de TIC, incluidas las aplicaciones que funcionan en la web. La cuestión clave es adquirir bienes y servicios que sean accesibles para todos.
- Considerar cuestiones de «*comercio ético*»<sup>13</sup>, tales como:
  - la posibilidad, bajo determinadas circunstancias<sup>14</sup>, de tener en cuenta cuestiones de comercio ético en las especificaciones de la licitación y las condiciones de los contratos.
- Buscar alcanzar compromisos voluntarios más amplios con respecto a la «*responsabilidad social de las empresas*» (RSE), es decir, empresas que trabajan de forma voluntaria y que van más allá de lo que exige la ley para perseguir objetivos medioambientales y sociales en sus actividades comerciales diarias, por ejemplo:
  - trabajar con los contratistas para mejorar el compromiso con los valores de RSE.
- Brindar protección contra el abuso de los *derechos humanos* y fomentar el respeto de estos derechos.
- Promover las «*pymes*» en cuanto puedan estar vinculadas con las consideraciones indicadas arriba:
  - disposiciones que otorguen a las pymes mayor acceso a los contratos públicos mediante la reducción de los costes y de los requisitos de participar en las oportunidades de las CPSR. Esto puede lograrse, por ejemplo, al garantizar, cuando sea posible, que la magnitud del contrato no constituya un obstáculo en sí mismo para la participación de las pymes, brindar tiempo suficiente para la preparación de las ofertas, garantizar los pagos puntuales, establecer requisitos económicos y de calificación proporcionados, etc.;
  - oportunidades iguales mediante oportunidades de subcontratación más visibles.

El estado de estos objetivos de la política social difiere ampliamente en la legislación de la UE y en los distintos Estados miembros. Por ejemplo, algunos sectores cuentan con disposiciones obligatorias relacionadas con la accesibilidad que superan los requisitos de la legislación de la UE en algunos Estados miembros, pero no en otros.

## 2. Las posibles ventajas de las CPSR

### 2.1. Ayudar en el cumplimiento de leyes sociales y laborales, incluidos los programas y los compromisos de políticas nacionales e internacionales relacionados

Las CPSR pueden contribuir a mejorar el cumplimiento de compromisos nacionales e internacionales relacionados con objetivos de desarrollo social, ya que en muchos países existe una preocupación creciente en cuanto a que los mecanismos tradicionales para fomentar la justicia y la cohesión social no son adecuados. Las CPSR pueden ilustrar de qué modo los aspectos sociales y económicos pueden reforzarse mutuamente.

### 2.2. Estimular mercados con conciencia social

Las CPSR pueden ayudar a desarrollar un mercado de productos que sean beneficiosos para la sociedad al

<sup>12</sup> La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad reconoce la accesibilidad como uno de los principios generales consagrados en el Artículo 3 (la «Convención»). Además, el Artículo 9 de la Convención establece las obligaciones de los Estados parte en cuanto a garantizar el acceso al entorno físico, al transporte, a la información y las comunicaciones, incluidas las tecnologías y los sistemas de información y comunicaciones, y a otras instalaciones y servicios abiertos o a disposición del público, tanto en áreas urbanas como rurales. Asimismo, la Convención también exige medidas para implementar el «diseño universal». En Europa, este concepto se denomina a menudo como «diseño para todos».

La Convención ha sido firmada por un número importante de miembros de las Naciones Unidas (incluida la Comunidad Europea y todos los Estados miembros) y, en la actualidad, está siendo ratificada por los firmantes. En agosto de 2008, la Comisión presentó dos propuestas para las decisiones del Consejo a fin de celebrar una Convención de las Naciones Unidas y su Protocolo Facultativo. El 26 de noviembre de 2009, el Consejo adoptó una decisión con respecto a la conclusión, a cargo de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/09/st15/st15540.es09.pdf>.

<sup>13</sup> La cuestión sobre tomar en cuenta las consideraciones sobre comercio ético en las contrataciones públicas se trató en la Comunicación COM(2009) 215 del 5 de mayo de 2009 «Contribución al desarrollo sostenible: el papel del comercio justo y de los sistemas no gubernamentales de garantía de la sostenibilidad comercial».

<sup>14</sup> Para conocer estas condiciones, consulte el capítulo IVA sobre «Definición de los requisitos del contrato», en particular, la sección 4 («Etiquetas sociales y las incidencias para el comercio ético»).

expandir los mercados existentes o al crear mercados nuevos para bienes y servicios que respalden el logro de objetivos sociales y que sirvan de modelo para otros consumidores al ofrecerles normas e información. De hecho, las contrataciones públicas sociales pueden ayudar a crear condiciones de competencia equitativa en Europa y en las economías de escala. La innovación en el mercado puede estimularse, al igual que la competencia a escala europea, a través, por ejemplo, de la compra de tecnologías de la información que sean accesibles para personas con discapacidad, las que harán que tales productos que se lleven al mercado sean mejores y más asequibles.

### **2.3. Demostrar habilidades de gobernanza sensibles a los aspectos sociales**

Las CPSR pueden contribuir a mejorar el cumplimiento de los valores y las necesidades de la comunidad, ya que responden a la creciente demanda pública de gobiernos que sean socialmente responsables en sus acciones. Por ejemplo, al garantizar que un contrato de servicio social tenga en cuenta las necesidades de todos los usuarios (como incluir a personas con discapacidad o personas de diferentes orígenes étnicos), una entidad adjudicadora puede satisfacer las necesidades de la comunidad diversa que atiende.

### **2.4. Fomentar la integración**

En ocasiones, es conveniente la intervención pública para fomentar la integración de grupos significativos de la sociedad (por ejemplo, personas con discapacidad, pequeñas empresas, mujeres o minorías) en actividades clave del mercado con el objetivo de desarrollar un mercado efectivo.

### **2.5. Garantizar gastos públicos más eficaces**

El volumen de contrataciones públicas y los límites que impone el rigor presupuestario en la intervención social directa podrían hacer de las contrataciones un área atractiva para promover la inclusión social.

## **3. Las CPSR y el modelo social de la UE**

- 3.1 Una de las principales ventajas de las CPSR, como ya hemos visto, es que las autoridades públicas pueden utilizarlas para consolidar el modelo social europeo. El modelo social europeo es una visión de la sociedad que combina el crecimiento económico sostenible con mejores condiciones de vida y de trabajo. Se considera que incluye la creación de una economía exitosa en la que se alcanza progresivamente un conjunto concreto de normas sociales: trabajos de buena calidad, igualdad de oportunidades, no discriminación, protección social para todos, inclusión social, diálogo social, relaciones industriales de alta calidad y participación de las personas en las decisiones que les conciernen. Estas normas no sólo son importantes intrínsecamente sino que también son factores esenciales para promover las ofertas económicamente más ventajosas y la innovación.
- 3.2 Las normas sociales han pasado a desempeñar un papel central en el desarrollo de la solidez económica de Europa, al elaborar lo que las instituciones de la UE describen como un «modelo social único»<sup>15</sup>. El progreso económico y la cohesión social han pasado a considerarse como pilares complementarios del desarrollo sostenible y ambos constituyen un aspecto central en el proceso de la integración europea.
- 3.3. En la UE, se ha hecho mayor hincapié en los derechos sociales y la igualdad, en especial, en el lugar de trabajo. A medida que el desarrollo sostenible avanzó más allá de las cuestiones medioambientales a las sociales, las normas sociales se identificaron cada vez más como un factor del movimiento creciente hacia la responsabilidad social de las empresas. Si tomamos la igualdad de género como ejemplo, tanto en niveles europeos como nacionales, esta igualdad ha pasado a «integrarse en la tendencia principal» cada vez más, lo que significa que la perspectiva de géneros se ha incorporado progresivamente en cada etapa de las políticas, los procesos y las prácticas institucionales, desde el diseño hasta la implementación, el control o la evaluación.

<sup>15</sup> Consulte, por ejemplo, el prefacio de la Comunicación sobre la Agenda Social.

## 4. El enfoque legal y político a las CPSR en la UE

### 4.1. Desarrollar la dimensión social de las políticas y la legislación de la UE

Durante los últimos veinte años, la UE ha desarrollado su dimensión social a un nivel significativo, expresada en 2008 a través de la Agenda social renovada<sup>16</sup>. Lo importante de estos avances es que las CPSR ahora pueden promover cada vez más las políticas en el ámbito de la UE, incluida su interacción con las políticas internacionales. En algunas áreas, la UE ha adoptado legislaciones, particularmente, sobre igualdad de género y no discriminación por motivos de origen racial, edad, orientación sexual, discapacidad, religión y otras creencias, y también sobre salud y seguridad laboral, horario de trabajo, condiciones laborales e información y consultas. Basándose en una serie de disposiciones del Tratado de la Unión Europea (TUE), ahora existen numerosas legislaciones de la UE que tratan sobre la igualdad en el trato, así como la promoción de las condiciones de trabajo en el ámbito de la Comunidad. Además de la legislación, la UE también desarrolla su dimensión social a través de otros medios, como la promoción del diálogo social, el método abierto de coordinación para empleos, políticas de protección e inclusión social, junto con el apoyo financiero del Fondo Social Europeo. El impulso adicional de las normas sociales es un objetivo clave de la UE en diversos aspectos, en especial, en situaciones en las que las normas sociales también constituyen derechos fundamentales.

Asimismo, en diferentes momentos durante los últimos años, algunas organizaciones sociales han redactado manuales para organismos y autoridades públicas sobre la adjudicación de contratos en sectores específicos (servicios de catering, limpieza, seguridad privada y textiles),



basándose en el marco legal aplicable al momento de la redacción<sup>17</sup>. Estos manuales sectoriales son el resultado del trabajo independiente de interlocutores sociales dentro del proceso de diálogo social europeo y destacan la importancia de la orientación técnica en cuanto al uso de las CPSR en dichos sectores específicos. En ese tiempo, el marco legal de la UE ha evolucionado y ahora se necesita una orientación más global y actualizada a fin de garantizar que las prácticas de contrataciones cumplan plenamente con la ley sobre contratos públicos actual de la UE. Éste es el objetivo de esta Guía.

### 4.2. El enfoque legal y político a las CPSR en la UE

La Comisión Europea desarrolló una estrategia para esclarecer el ámbito de las CPSR. En su Comunicación interpretativa del 15 de octubre de 2001, la Comisión Europea indicó las posibilidades que ofrece la legislación

<sup>16</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones «Renewed social agenda: Opportunities, access and solidarity in 21st century Europe» (Agenda Social renovada: oportunidades, acceso y solidaridad en la Europa del siglo XXI), COM(2008) 412 final del 2 de julio de 2008.

<sup>17</sup> Servicios de catering: «Guide to most economically advantageous offering in contract catering» (Una guía para las ofertas económicamente más ventajosas en la actividad de catering) (2006); Servicios de limpieza: «Selecting best value — A manual for organisations awarding contracts for cleaning services» (Seleccionar el mejor valor: Un manual para organizaciones que adjudican contratos para servicios de limpieza) (2004); Seguridad privada: «Selecting best value — A manual for organisations awarding contracts for private guarding services» (Seleccionar el mejor valor: Un manual para organizaciones que adjudican contratos para servicios de seguridad privada) (1999); Sector textil: «Public procurement awarding guide for the clothing-textile sector» (Guía de adjudicación de contrataciones públicas para el sector textil y de la confección) (2005).

comunitaria para integrar los aspectos sociales en los procedimientos de contrataciones públicas.<sup>18</sup> El objetivo de esta Comunicación era «esclarecer la serie de posibilidades dentro del marco legal comunitario existente para integrar los aspectos sociales en las contrataciones públicas. Pretende, en particular, ofrecer una interacción dinámica y positiva entre las políticas económicas, sociales y de empleo, que se refuerzan mutuamente entre sí». Tanto antes como después de la publicación de la comunicación, el TJUE clarificó aún más dichas posibilidades en una serie de casos decisivos<sup>19</sup>.

Las Directivas de contratación adoptadas el 31 de marzo de 2004 consolidaron el marco legal. Mencionan de manera específica formas de incorporar aspectos sociales en las especificaciones técnicas, los criterios de selección y de adjudicación y las cláusulas de cumplimiento del contrato. Se introdujo una nueva disposición relacionada con talleres para trabajadores con discapacidad.

Las Directivas de contratación no se aplican a todos los contratos públicos. Algunas entidades adjudicadoras han adoptado políticas de CPSR que se aplican específicamente a contratos que no están cubiertos por las Directivas de contratación (como los contratos que están por debajo de los umbrales de aplicación de las Directivas) o que sólo están cubiertos en forma parcial (como los contratos de servicios que superan los umbrales de aplicación de las Directivas de contratación enumeradas en el Anexo II B de la Directiva 2004/18/CE y en el Anexo XVII B de la Directiva 2004/17/CE).

Esta Guía se centra en considerar los aspectos sociales en los contratos públicos que están plenamente cubiertos por las Directivas de contratación. No aborda en detalle las normas del TUE que se aplican a la inclusión de aspectos sociales en los contratos que no están cubiertos o que sólo están cubiertos parcialmente por las Directivas de contratación (como las que se mencionan en el párrafo anterior).

No obstante, es preciso agregar que, en el caso de tales contratos, las entidades adjudicadoras tienen la libertad (sin perjuicio de la legislación nacional del ámbito respectivo) de considerar (o no) cuestiones de carácter social en sus procedimientos de contratación, siempre que cumplan con las normas y los principios generales del TUE. De hecho, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha confirmado que las normas internas de mercado del **TUE también se aplican a contratos que no están comprendidos dentro del ámbito de las Directivas de contratación**<sup>20</sup>. El TJUE ha dictaminado que los principios de igualdad en el trato y transparencia, libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libertad para prestar servicios del TUE también se aplican a los contratos comprendidos dentro de los umbrales establecidos en las Directivas de contratación.

En consecuencia, los aspectos sociales que sean legalmente aceptables en contratos públicos cubiertos en su totalidad por las Directivas de contratación pueden, *a fortiori*, incluirse en contratos públicos que no están cubiertos o que están cubiertos parcialmente por dichas Directivas.

### 4.3. Servicios sociales de interés económico general

Esta Guía no trata específicamente las cuestiones legales relacionadas con la contratación de servicios sociales de interés económico general.

En noviembre de 2007, la Comisión adoptó una comunicación sobre servicios de interés general, incluidos los servicios sociales de interés general<sup>21</sup>, que destaca la importancia de tener en cuenta criterios cualitativos a medida en la prestación de servicios sociales. Tiene por objeto ofrecer una orientación práctica sobre la aplicación de las normas de la UE en estos servicios. La Comunicación venía acompañada de dos Documentos de trabajo del personal que respondían una serie de preguntas relacionadas con la aplicación de normas de

<sup>18</sup> Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la Legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, COM (2001) 566 final, 15.10.2001.

<sup>19</sup> Por ejemplo, las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) del 17 de septiembre de 2002 en el caso C-513/99 (Concordia Bus) y del 4 de diciembre de 2003 en el caso C-448/01 (Wienstrom).

<sup>20</sup> Consulte, por ejemplo, la sentencia del TJUE del 7 de diciembre de 2000 en el caso C-324/98 (Teleaustria).

<sup>21</sup> Consulte la Comunicación sobre «Servicios de interés general, incluidos los servicios sociales: un nuevo compromiso europeo»: COM(2007) 725 final, del 20 de noviembre de 2007.

ayuda estatal y de contratos públicos a servicios de interés general<sup>22</sup>. La mayoría de estas preguntas se recopilaban durante el transcurso de consultas generales sobre servicios sociales en el período 2006-2007. Para realizar el seguimiento de la Comunicación, también se estableció un servicio de información interactivo (SII) en enero de 2008, para responder otras preguntas de ciudadanos, autoridades públicas y prestadores de servicios con respecto a la aplicación de las normas de la UE<sup>23</sup>.

#### 4.4. equeñas y medianas empresas<sup>24</sup>

Es preciso considerar diversas cuestiones cuando se trata de las pymes (ya sea que tengan o no ánimo de lucro). Una cuestión de particular importancia se refiere a las posibles cargas<sup>25</sup> que el hecho de adoptar los enfoques de las CPSR podría imponer en las pymes de manera directa (si se trata de los contratistas principales) o indirecta (si se trata de subcontratistas a quienes el contra-



<sup>22</sup> [http://ec.europa.eu/services\\_general\\_interest/faq\\_en.htm](http://ec.europa.eu/services_general_interest/faq_en.htm). El documento de trabajo del personal sobre la aplicación de las reglas de contrataciones públicas a servicios sociales de interés general incluye guías útiles sobre la aplicación de tales reglas a los servicios sociales de interés general.

<sup>23</sup> [http://ec.europa.eu/services\\_general\\_interest/registration/form\\_en.html](http://ec.europa.eu/services_general_interest/registration/form_en.html).

<sup>24</sup> En el ámbito de la UE, se han definido las pymes a través de la Recomendación 2003/361/CE con respecto a la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas: [http://ec.europa.eu/enterprise/enterprise\\_policy/sme\\_definition/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/enterprise_policy/sme_definition/index_en.htm).

<sup>25</sup> Para conocer las directrices prácticas sobre cómo simplificar y hacer más accesibles las prácticas de contrataciones públicas para pequeñas y medianas empresas (pymes) en general, consulte el Documento de trabajo del personal de la Comisión SEC(2008) 2193 «Code of best practices facilitating access by SMEs to public procurement contracts» (Código de las mejores prácticas que facilita el acceso de las pymes a los contratos públicos), que se encuentra disponible en: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/sme\\_code\\_of\\_best\\_practices\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/sme_code_of_best_practices_es.pdf).



tista principal ha transferido las obligaciones de la CPSR). Las autoridades públicas que contemplan la introducción de las CPSR deben conocer estos costes directos e indirectos y deben tenerlos en cuenta a la hora de decidir cómo deben incorporar aspectos sociales o si deben hacerlo<sup>26</sup> en las operaciones de contratación. Las entida-

des adjudicadoras también deben saber que es improbable que la introducción de las CPSR afecte a todas las pymes de la misma manera. Algunas pueden tener más capacidad que otras para cosechar las ventajas de las CPSR y captar oportunidades de competir en los aspectos de las normas sociales del contrato.

---

<sup>26</sup> Que deben, por supuesto, estar vinculadas al objeto del contrato (o con el cumplimiento del contrato, en los casos en los que se incluyen en las cláusulas de cumplimiento respectivas.

# II. Una estrategia organizativa para las adquisiciones sociales

Las autoridades públicas que deseen alcanzar objetivos sociales a través de CPSR deberán establecer una estrategia para implementar las CPSR, centrándose en sus objetivos específicos.

## 1. Establecer los objetivos de las contrataciones públicas socialmente responsables

Las estrategias organizativas para las CPSR pueden reflejar las prioridades sociales nacionales, regionales y/o locales<sup>27</sup> y, al mismo tiempo, reconocer explícitamente el papel que desempeña la contratación para alcanzarlas.

### Ejemplo:

**Francia:** En 2003, se puso en marcha una «Stratégie nationale du développement durable», seguida de un «Plan national d'action pour des achats publics durables» en 2007. El gobierno francés ha participado en consultas importantes con los interlocutores sociales — «Grenelle de l'environnement» y «Grenelle de l'insertion» — que cubren diferentes medidas que afectan la integración social, incluidas las contrataciones públicas. El objetivo es establecer la idea central del «État exemplaire», es decir, se espera que el Estado y, en forma más general, todas las entidades públicas, muestren el camino a seguir hacia el desarrollo sostenible.

## 2. Ofrecer compromisos políticos y grupos de liderazgo de alto nivel para las CPSR

El liderazgo es uno de los elementos clave para que cualquier estrategia de CPSR tenga éxito. Esto implica identificar la estructura de gestión y los recursos (humanos y financieros) necesarios para llevar adelante una CPSR. Las CPSR necesitan grupos de liderazgo desde los cargos más altos de la organización y exigen compromisos políticos y niveles de liderazgo en todas las estructuras de gestión.

En principio, debería ser muy sencillo para todas las autoridades públicas tomar decisiones políticas para realizar adquisiciones sociales. En realidad, se las debería alentar a que lo hicieran, ya que beneficiaría no sólo a la sociedad sino también a la entidad adjudicadora mediante la mejora de su imagen pública. En la práctica, una política de adquisiciones sociales normalmente no requiere ningún cambio estructural de parte de la entidad adjudicadora.

### Ejemplo:

**Reino Unido:** La Obligación de igualdad de género que se aplicó sobre las autoridades públicas entró en vigencia en abril de 2007 en virtud de la Ley de Igualdad (2006). Se trata de una nueva herramienta legal con el potencial de ofrecer importantes avances en cuanto a igualdad de género en el sector público, con cierto impacto también en el sector privado a través de las contrataciones.

La obligación de igualdad de género del sector público incluye el requisito de asegurar el cumplimiento de la Ley de Igualdad Salarial. Los sistemas de igualdad de género obligan a las autoridades públicas a adoptar objetivos que aborden las causas de las diferencias salariales entre hombres y mujeres y a considerar formas de tratar con ellas, por ejemplo, al modificar los métodos de contratación, introducir condiciones laborales flexibles y realizar revisiones de igualdad salarial.

La obligación de igualdad de género ha impulsado iniciativas en muchos niveles del sector público y llega hasta las condiciones de empleo que aplican los contratistas del sector privado. Con este objetivo, se han redactado directrices de contratación para alentar al sector público a promover buenas prácticas en cuanto a diversidad e igualdad salarial entre los contratistas. En febrero de 2006 se publicó una guía orientativa sobre la promoción de la igualdad de género en las contrataciones del sector público. En ella se indican diversas medidas positivas que deben tomar las autoridades públicas para cumplir con los requisitos de la obligación de igualdad de género en las funciones de contratación. El código de buenas prácticas correspondiente a esta obligación de igualdad de género se publicó en 2007.

<sup>27</sup> Obviamente, esto no significa que las entidades adjudicadoras puedan dar preferencia a los productos locales, regionales o nacionales para favorecer el mercado laboral local.

### 3. Medir los riesgos y dar prioridad a las categorías de gastos organizativos para mejorar los resultados sociales

Las entidades adjudicadoras deben evaluar los riesgos sociales y el impacto de sus actividades de adquisición y cadenas de suministro. Esto permite concentrar los esfuerzos en las categorías de gastos más importantes y en aquellas que pueden ayudar a alcanzar sus objetivos sociales.

A continuación, se ofrecen algunas sugerencias que deben considerar las entidades adjudicadoras al dar prioridad a su enfoque hacia las CPSR:

- Adopte un enfoque paso a paso. Comience con una pequeña gama de productos y servicios con un claro impacto social o en la que las alternativas socialmente responsables sean de fácil acceso y no más costosas. Por ejemplo, elija productos (p. ej., vehículos) o servicios (p. ej., limpieza) que tengan una alta proporción de trabajadores vulnerables (de minorías étnicas, personas con discapacidad, etc.) o mujeres.
- También, comience por asegurarse de que las especificaciones del contrato no afectan las condiciones sociales de manera negativa (por ej., al evaluar el impacto de privatizar la prestación de servicios en grupos vulnerables o al reservar contratos apro-

#### Ejemplo:

**Suecia:** Para facilitar el acceso a las oportunidades de contrataciones públicas para las pymes, las organizaciones de economía social y las organizaciones voluntarias que trabajan con grupos socialmente desfavorecidos, la Swedish Social Insurance Agency (Agencia de Seguridad Social de Suecia) incluye, en ocasiones, la participación de estos grupos en el estudio inicial de la contratación, con el objetivo de tener plenamente en cuenta sus problemas específicos a la hora de redactar los pliegos de condiciones.

Para identificar el riesgo de incumplimiento de las normas sociales, la Agencia analiza los riesgos al inicio de la contratación. Por ejemplo, en el caso de contratos de servicios de limpieza, el riesgo de no cumplir con las leyes sobre condiciones laborales se considera como alto.

piados para talleres protegidos o programas de empleo protegido<sup>28</sup>, teniendo en cuenta la capacidad de producción actual.

- Céntrese inicialmente en uno o más problemas sociales, como salarios justos o salud y seguridad.
- Considere la disponibilidad y los costes de alternativas superiores desde el punto de vista social y compruebe que se correspondan con las normas y los principios aplicables de los contratos públicos. ¿Existen más alternativas socialmente responsables de alcanzar los objetivos de la estrategia de contratación que las que ha adoptado la entidad adjudicadora? ¿Reunirán los requisitos de la entidad adjudicadora y podrán permitírseles? Considere qué costes adicionales (si los hubiera) podría sumar la inclusión de los aspectos sociales y los posibles efectos de restringir la competencia.
- Considere la disponibilidad de los datos. ¿Puede la entidad adjudicadora encontrar los datos sociales que necesita para establecer una estrategia de contratación que sea más responsable socialmente? ¿Hasta qué punto sería complicado decidir lo que la entidad adjudicadora desea técnicamente y expresarlo en las licitaciones?
- Considere la capacidad de la entidad adjudicadora para poner en marcha un programa de acción viable, efectivo y competente con respecto a las CPSR.
- Considere modos alternativos de ofrecer la política social en cuestión. ¿Ofrecer esta política social (parcialmente) a través de un contrato público constituye un uso apropiado de los recursos? ¿Existe una forma más eficaz de ofrecer esta política, mediante el uso de otras herramientas que están a disposición de la entidad adjudicadora?
- Busque la visibilidad. ¿Hasta qué punto sería visible la política socialmente responsable para el público y el personal? Los cambios de alto perfil, como cambiar a un café producido de manera sostenible o a través de un comercio ético en la cafetería, pueden

<sup>28</sup> Basado en el Artículo 19 de la Directiva 2004/18/CE y el Artículo 28 de la Directiva 2004/17/CE.



### Ejemplos:

**Francia:** La municipalidad de Angers designó un punto focal interno (asesor jurídico especializado) para contrataciones públicas responsables con el medio ambiente en 2005, a cargo de desarrollar prácticas de contrataciones públicas socialmente responsables con el objetivo de convertirlas en prácticas plenamente establecidas en las operaciones de contratación de la municipalidad. El asesor ofreció un curso de formación interna sobre contrataciones sostenibles. Se ofrecieron actividades de sensibilización y tutoría en cuestiones técnicas y legales en los momentos de identificar las necesidades, preparar y comenzar la licitación y de analizar y evaluar las propuestas recibidas, en estrecha colaboración con las empresas. En cuanto a los aspectos sociales, la municipalidad de Angers suele considerar las obras y los servicios públicos como sectores prioritarios, en especial, la construcción de edificios, caminos, parques y jardines públicos.

**Reino Unido:** En mayo de 2005, se conformó el Grupo de Acción de Contrataciones Sostenibles (GACS), que trata cuestiones sociales y medioambientales, y, en junio de 2006, se publicó su plan de acción, el cual presentó el caso comercial para contrataciones sostenibles, recomendó acciones a lo largo de seis amplias áreas y ofreció dos herramientas que pueden contribuir al progreso de las organizaciones: la metodología de asignación de prioridades y el marco flexible. La metodología de asignación de prioridades es un enfoque basado en los riesgos que permite que las organizaciones concentren sus esfuerzos y recursos de manera apropiada. En lugar de utilizar sólo los datos de gastos, el método permite que las organizaciones consideren el riesgo medioambiental y socioeconómico, el potencial que tienen para influir en los proveedores y el ámbito real para mejorar la sostenibilidad. El marco flexible está diseñado para permitir que las organizaciones comprendan los pasos necesarios en los niveles organizativos y del proceso a fin de mejorar las prácticas de contrataciones y hacer realidad las contrataciones sostenibles.

ayudar a generar conciencia sobre la política y a vincularla con otros proyectos sociales.

- Considere las posibilidades de desarrollo futuro. Los servicios que apuntan a contrataciones socialmente responsables en las primeras fases del desarrollo y la comercialización podrían tener más éxito que intentar cambiar las características sociales de los sectores maduros.

Por lo tanto, llevar a la práctica una política de CPSR exigirá una planificación estratégica, es decir, establecer prioridades en el momento de elegir los contratos que sean más apropiados para las CPSR. Algunas entidades adjudicadoras han elegido adoptar un enfoque coordinado y de conjunto para integrar los aspectos sociales.

#### 4. Generar conciencia sobre las CPSR e involucrar a los participantes clave

Las CPSR resultan de interés para un amplio grupo de participantes, que necesitan involucrarse en el proceso de desarrollo de un enfoque de CPSR para adquirir confianza en él y generar un compromiso que permita alcanzar sus objetivos. Entre los participantes clave de las CPSR se incluyen gobiernos centrales, regionales y locales, posibles proveedores o contratistas, la sociedad civil, organizaciones empresariales y sindicatos. Deben organizarse talleres, seminarios y conferencias para reunir las opiniones sobre el enfoque a las CPSR. Deben orga-

nizarse en las diversas etapas del proceso de desarrollo, es decir, al comienzo del proceso cuando se formulan las ideas, durante la elaboración del enfoque y hacia el final, cuando ya es posible redactar un proyecto final.

Por último, la comunicación efectiva acerca de las ventajas de las CPSR, el ejercicio de prácticas correctas y las historias de éxito también desempeñan un papel clave en cuanto a los progresos. Es muy importante que todos los participantes comprendan la naturaleza del desafío y la función que desempeñan. Los mejores resultados se obtendrán a través de una asociación comprometida e imaginativa entre compradores y contratistas.

##### Ejemplos:

**Suecia:** La administración regional del sudoeste de Suecia realiza reuniones previas a la licitación que están abiertas a todos los posibles oferentes a fin de explicar los requisitos de «diseño para todos» incluidos en las especificaciones técnicas.

**Reino Unido:** Para poder proponer recomendaciones sobre cómo las contrataciones del sector público en el Reino Unido pueden conectarse mejor con las pymes, el HM Treasury (Secretaría del Tesoro) y el Department for Business Enterprise and Regulatory Reform (Ministerio de Comercio, Empresa y Reformas Regulatorias) pusieron en marcha una consulta en línea con preguntas clave que exploran las barreras que enfrentan las pymes para licitar contratos. La consulta se publicó en un sitio web y se esperaban las respuestas de compradores, grupos de interesados y proveedores. Posteriormente, para implementar las recomendaciones resultantes, se conformó un grupo de participantes que mantiene un contacto regular con los equipos del proyecto encargados de la implementación y que pueden ofrecer comentarios sobre el enfoque a seguir.

La cooperación entre las entidades adjudicadoras es otra forma de aumentar el acceso a la experiencia y al

conocimiento social y de comunicar la política al mundo exterior.

##### Ejemplo:

**Dinamarca:** Las CPSR es uno de los temas que trata el análisis de mercado que lleva a cabo National Procurement Ltd antes de cada convocatoria de licitación. La organización dirige programas de formación y talleres para todos los proveedores. Intenta simplificar los pliegos de condiciones lo máximo posible de modo que las pymes también cuenten con los recursos para presentar una oferta. Los contratos marco generalmente se dividen en varios lotes (por ejemplo, según la distribución geográfica), sin sobrepasar los umbrales estipulados por las Directivas de contratación\*, a fin de brindar a los proveedores la posibilidad de presentar una oferta.

\* Artículo 9(3) de la Directiva 2004/18/CE y Artículo 16(2) de la Directiva 2004/17/CE.

#### 5. Implementar la estrategia de las CPSR

La estrategia de las CPSR deben brindar detalles sobre cómo se implementará la CPSR y sobre los pasos nece-

sarios para poder avanzar. La estrategia deberá tener en cuenta factores como:

- el marco legal y reglamentario;

- el marco institucional;
- la estructura de gestión;
- la disponibilidad de capacidad profesional y recursos;
- un enfoque diferenciado por sector, teniendo en cuenta las características concretas de cada campo;
- la participación de los interesados.

En cuanto a la forma de implementar la estrategia, será preciso brindar detalles sobre las responsabilidades, los objetivos con un plazo realista para alcanzarlos, la estructura de gestión que permita implementarlos, los recursos profesionales y financieros necesarios y las medidas para supervisar y generar informes sobre el progreso.

Entre los pasos que deben tomarse podría incluirse la conformación de un grupo de acción para contrataciones sociales, la elaboración de un plan de acción, la incorporación de las CPSR en las políticas y los procedimientos, o el desarrollo de directrices simplificadas para los funcionarios presupuestarios y de contratación en todos los niveles.

Las actividades de desarrollo de la capacidad podrían incluir programas de formación para ejecutivos, directivos y empleados. También podrían comprender el compartir las mejores prácticas, poner los conocimientos a disposición para implementar las CPSR, incluir los conocimientos de CPSR en los criterios de selección de candidatos y publicar información sobre iniciativas de CPSR en el ámbito gubernamental y de la UE.

Los empleados a cargo de las contrataciones deben tener los conocimientos legales, financieros y sociales que necesitan para poder decidir hasta qué punto y en qué circunstancias pueden incluirse o pueden incorporarse mejor los factores sociales en el procedimiento de contratación, si se encuentran en el nivel correcto para obtener la oferta económicamente más ventajosa y si coinciden con las prioridades sociales de la entidad adjudicadora.

## 6. Medir la implementación eficaz

Medir la implementación eficaz de la estrategia de las CPSR y su resultado implica establecer controles internos y externos, que deben evaluar los resultados con respecto a los objetivos y las normas de rendimiento establecidas.

Las medidas internas deben estar vinculadas a los sistemas de notificación existentes, los cuales deberán adaptarse para que puedan tener en cuenta los objetivos de las CPSR. También deben estar vinculadas a procedimientos de auditoría interna y podrían incorporar sanciones para casos de incumplimiento de los objetivos de las CPSR.

Las medidas externas deben incluir auditorías independientes del rendimiento de las CPSR. También pueden incluir evaluaciones comparativas con respecto a rendimientos anteriores o al rendimiento de otras empresas.

El resultado de las auditorías del rendimiento de las CPSR debe ponerse a disposición del público en general y debe servir para revisar y actualizar las políticas, los objetivos y los procedimientos de las CPSR.

## 7. Resumen del proceso de contratación

A la hora de considerar los aspectos sociales en las contrataciones públicas, se sugiere que los compradores actúen en relación con dos cuestiones principales:

- obtener la oferta económicamente más ventajosa;
- actuar de manera justa.

*Oferta económicamente más ventajosa:* Las entidades adjudicadoras tienen la responsabilidad de obtener la oferta económicamente más ventajosa para los contribuyentes por todo lo que adquieren. La oferta económicamente más ventajosa no significa necesariamente aceptar sólo la oferta más económica. Significa que la entidad adjudicadora debe asegurar el mejor trato dentro de los



parámetros establecidos. Podría definirse como la combinación óptima del coste completo y la calidad para satisfacer los requerimientos del usuario final. El valor del dinero también puede incluir aspectos sociales.

*Actuar de manera justa:* Actuar de manera justa significa respetar los principios del mercado interno, que forman la base de las Directivas de contratación y la legislación nacional basada en ellas. El más importante de estos principios es el de igualdad en el trato, que exige que todos los competidores tengan las mismas oportunidades de competir por el contrato. Para garantizar estas condiciones de competencia equitativa, también debe aplicarse el principio de transparencia.

- Entre los ejemplos de disposiciones que aplican el principio de igualdad en el trato en las Directivas de contratación, se pueden mencionar los plazos establecidos para la recepción de las licitaciones y las solicitudes de participación, las normas comunes sobre especificaciones técnicas y la prohibición de la discriminación contra contratistas de otros Estados miembros.
- Los ejemplos de aplicación del principio de transparencia pueden encontrarse en las distintas disposiciones sobre la publicación de anuncios y la obligación de las entidades adjudicadoras de informar a los licitadores interesados los motivos por los cuales se rechazaron sus ofertas.

### 7.1. La importancia del asesoramiento jurídico

Las normas de contrataciones de la CE estipulan cómo abordar el proceso de contratación para proteger los principios de equidad, no discriminación y transparencia. Estas normas permiten considerar la sostenibilidad y la igualdad de oportunidades bajo determinadas cir-

cunstancias. El asesoramiento jurídico especializado sobre el establecimiento de un plan de acción de CPSR en una primera etapa probablemente evite dificultades en etapas posteriores.

### 7.2. Preparar el procedimiento de contratación

La etapa de preparación de cualquier procedimiento de contratación es fundamental, ya que cada etapa se basa en las anteriores. Por lo tanto, antes de iniciar un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora debe reservar tiempo suficiente para definir el objeto del contrato y los medios que deben utilizarse para alcanzar el resultado final. La etapa de preparación también constituye la mejor oportunidad para identificar qué aspectos sociales son importantes y apropiados para tener en cuenta en ese procedimiento en particular.

## 8. Etapas del procedimiento de contratación y enfoques a las CPSR

Siguiendo la lógica de este proceso, ahora existen al menos cuatro enfoques básicos sobre el modo en el que las cuestiones sociales se abordan actualmente en las contrataciones públicas.

El *primero* surge cuando el comprador decide incluir criterios sociales en el objeto del contrato mismo o en las especificaciones técnicas, que deben satisfacer los contratistas seleccionados en una forma que incluya los criterios sociales<sup>29</sup>. Un ejemplo es especificar que un equipo informático debe cumplir determinados criterios de accesibilidad.

En el *segundo* enfoque, se prohíbe, bajo determinadas circunstancias<sup>30</sup>, que los oferentes consigan contratos gubernamentales si se los ha declarado culpables de actos ilícitos anteriores a fin de evitar que los organismos públicos celebren contratos con oferentes que no

<sup>29</sup> Las condiciones bajo las cuales los aspectos sociales se pueden tener en cuenta en el objeto del contrato y en las especificaciones técnicas se explican posteriormente en las secciones de «Definición del objeto» y «Definición de los requisitos del contrato».

<sup>30</sup> Las condiciones bajo las cuales las entidades adjudicadoras pueden (o, en ciertos casos, deben) excluir a un licitador del procedimiento de contratación se explican más adelante en la sección «Criterios de exclusión».

han logrado alcanzar una norma concreta de comportamiento social.

El *tercer* enfoque intenta persuadir a los licitadores de comprometerse con ciertas normas sociales y tiene en cuenta si lo logran para decidir la adjudicación del contrato. Una forma que esto puede tomar, en la práctica, es cuando el organismo público tiene en cuenta ciertas cuestiones sociales en los criterios de adjudicación<sup>31</sup>.

El *cuarto* enfoque se centra en la etapa posterior a la adjudicación del contrato. Exige que el adjudicatario cumpla con determinadas condiciones cuando lleve a cabo el contrato una vez que ha sido adjudicado<sup>32</sup>. Este modelo exige que todos los contratistas se suscriban al mismo requisito, aunque no se evalúa la capacidad del contratista de cumplir con determinadas condiciones.

Estos cuatro enfoques básicos no son necesariamente alternativos, sino que se combinan con frecuencia en el mismo procedimiento de contratación pública.

#### Ejemplo:

**España:** El gobierno del País Vasco ha publicado una «instrucción» sobre la incorporación de criterios sociales, medioambientales y de otras políticas públicas en las contrataciones públicas por parte de su administración. Esta instrucción establece qué criterios sociales y medioambientales deben tenerse en cuenta en todas las contrataciones públicas de la región y de qué forma.

*Objetivo principal de la instrucción:* Que la administración y las entidades públicas del País Vasco tengan en cuenta aspectos sociales y medioambientales (los cuales forman parte del enfoque de sostenibilidad) junto con otros aspectos relacionados con otras políticas públicas en las contrataciones públicas.

*Evaluación y control:* Los departamentos gubernamentales del País Vasco a cargo de cuestiones de empleo, inclusión social, asuntos sociales y medio ambiente evalúan el cumplimiento de las contrataciones periódicamente. La evaluación incluye el texto de las especificaciones, la forma en que se aplica en el proceso de adjudicación y el cumplimiento del contrato.

*Especificaciones técnicas:* La instrucción recomienda incorporar requisitos de Accesibilidad y Diseño para todos en las especificaciones técnicas.

*Criterios de adjudicación:* Siempre que exista más de un criterio de adjudicación, estos criterios deben incluir que los productos y servicios deben estar adaptados para personas con discapacidad (siempre que esta adaptación supere la obligación mínima legal). Siempre que haya grupos desfavorecidos entre los beneficiarios de los servicios definidos en el objeto del contrato, las características relacionadas con la satisfacción de sus necesidades sociales se incluirán en los criterios de adjudicación.

*Cláusulas de cumplimiento del contrato:* La instrucción exige que el contrato incluya cláusulas de cumplimiento especiales: medioambientales, sociales y relacionadas con otras políticas públicas. Los objetivos de las cláusulas especiales de cumplimiento del contrato son proteger el medio ambiente, la salud y la seguridad, promover el empleo de grupos desfavorecidos, eliminar la desigualdad de género del mercado laboral y luchar contra el desempleo.

*Ejemplos de cláusulas de cumplimiento del contrato en el País Vasco:*

1. Inclusión laboral de personas desempleadas que son difíciles de contratar: Con este fin, la instrucción indica que los empleados que llevan a cabo el contrato deben incluir un porcentaje definido de personas con desventajas, tales como, desempleados, personas con discapacidad, mujeres desempleadas por períodos prolongados mayores de 30, víctimas de violencia doméstica, personas con enfermedades mentales, familias monoparentales desempleadas, inmigrantes desempleados durante al menos seis meses, desempleados por períodos prolongados (más de un año) y jóvenes desempleados.
2. Calidad del empleo y derechos laborales básicos: El contratista debe garantizar el cumplimiento de las Normas fundamentales de trabajo de la OIT durante la ejecución del contrato en relación con los trabajadores que elaboran los productos (el objeto del contrato) a lo largo de la cadena de suministro.
3. Salud y seguridad en el cumplimiento de contratos de obras y servicios de construcción.

<sup>31</sup> Las condiciones bajo las cuales los aspectos sociales se pueden considerar como un criterio de adjudicación se explican más adelante en la sección «Adjudicación del contrato».

<sup>32</sup> Las condiciones bajo las cuales los aspectos sociales se pueden tener en cuenta en las cláusulas de cumplimiento del contrato se explican más adelante en la sección «Cumplimiento del contrato».

### **Desarrollo estratégico y asignación de prioridades de las iniciativas de CPSR — EN POCAS PALABRAS**

Identificar las prioridades nacionales y locales que sean relevantes para las CPSR.

Revisar la estrategia de contratación de las empresas e identificar cómo se vincula la CPSR a objetivos y enfoques globales. Identificar la forma en que la CPSR puede ayudar a lograr estos objetivos y presentar la oferta más ventajosa para la empresa.

Ofrecer compromisos políticos y grupos de liderazgo de alto nivel para las CPSR.

Identificar los productos y servicios que obtiene la entidad adjudicadora y que plantean el mayor riesgo social o que tienen la mayor capacidad de mejorar el resultado social.

Desarrollar objetivos y un plan de acción para abordar cuestiones sociales en las contrataciones.

Generar conciencia sobre las CPSR entre los participantes clave.

Garantizar que las prácticas de contrataciones estén abiertas para entidades como pequeñas y medianas empresas, empresas de economía social y el sector voluntario y de la comunidad, sea cual sea su forma jurídica.

# III. Identificación de las necesidades y planificación de la contratación

## 1. La importancia de evaluar las necesidades reales

Un paso fundamental que debe tomar la entidad adjudicadora en la etapa de preparación, incluso antes de definir el objeto del contrato, es evaluar las necesidades reales.

Por ejemplo, es posible que la entidad adjudicadora haya decidido que necesita divulgar información al público. Siempre que sea posible, esto debe incluir una solución que favorezca más la inclusión social, como la difusión de información en formatos accesibles que también puedan ser utilizados por personas con discapacidad.

Ésta es la etapa en la que el sector público puede identificar mejor las normas sociales que puede ofrecer la contratación. Exige lo siguiente de quienes participan del «lado del cliente», desde responsables de política a profesionales:

- buscar activamente oportunidades para promover las normas sociales;
- garantizar que las oportunidades estén vinculadas al objeto del contrato y que sean rentables;
- centrarse en los resultados requeridos;

- incorporar flexibilidad para dar lugar a requerimientos cambiantes durante la vida del proyecto<sup>33</sup>;
- identificar las necesidades de todas las categorías de usuarios de los servicios, obras o suministros a adquirir.

Por lo tanto, para ser eficaz, la entidad adjudicadora debe considerar sus necesidades de manera funcional, de modo que no se excluya ninguna repercusión social.

## 2. Definir el objeto

Una vez que la entidad adjudicadora ha evaluado sus necesidades, puede determinar más fácilmente el objeto del contrato. El **«objeto» de un contrato se refiere al producto, servicio o trabajo que la entidad adjudicadora desea obtener**. Al definir el objeto de un contrato, las entidades adjudicadoras tienen amplia libertad para elegir lo que desean adquirir, incluidos bienes o servicios que cumplan con normas sociales, siempre que tales normas sociales estén vinculadas a los verdaderos suministros, servicios o trabajos que se van a adquirir (que conforman el objeto del contrato).



### Ejemplos:

Las normas de accesibilidad para personas con discapacidad pueden formar parte del objeto de un contrato de obras para la construcción de una escuela, ya que pueden formar parte de la descripción de las obras que la entidad adjudicadora desea adquirir y vincularse con ellas.

- Por otro lado, las condiciones laborales de los trabajadores que construyen la escuela no pueden formar parte del objeto del contrato, ya que no están vinculadas al objeto, sino sólo a la forma en la que se llevará a cabo el contrato público. Sin embargo, bajo determinadas circunstancias\*, podrían incluirse requisitos relacionados con las condiciones laborales en las cláusulas de cumplimiento del contrato.
- En contratos de servicios, la entidad adjudicadora puede especificar en el objeto que los servicios provistos deben satisfacer las necesidades de todas las categorías de usuarios, incluidas las personas socialmente desfavorecidas o excluidas.

\* Todas las cláusulas de cumplimiento del contrato, incluidas aquellas relacionadas con las condiciones laborales, deben, en especial, estar vinculadas a la ejecución del contrato y, por cuestiones de transparencia, deben publicarse con anticipación al anuncio de licitación. Para conocer más detalles, consulte la sección «Reglas que rigen las cláusulas de cumplimiento del contrato».

<sup>33</sup> Siempre que tales cambios en las condiciones iniciales del contrato público hayan sido previstos en el contrato de licitación inicial o que estén justificados por una de las circunstancias enumeradas en las Directivas de contratación (en particular, los Artículos 31 y 61 de la Directiva 2004/18/CE relacionada con la adjudicación de suministros, servicios o trabajos adicionales) y que cumplan con cualquier otra norma nacional que pudiera existir sobre este asunto.



La accesibilidad, por ejemplo, suele incluirse como una característica de los bienes o servicios que se están adquiriendo. Tales compras deben realizarse sin distorsionar el mercado, es decir, sin limitar ni obstaculizar el acceso a él. El proceso de determinar cuál es el objeto del contrato derivará, generalmente, en una descripción básica del producto, servicio o trabajo, pero también puede adoptar la forma de una definición basada en el cumplimiento.

Por otro lado, los aspectos que no están vinculados a los suministros, los trabajos o los servicios reales que las entidades adjudicadoras desean adquirir no pueden incluirse en el objeto del contrato.

En principio, la entidad adjudicadora **tiene libertad para definir el objeto del contrato en cualquier forma que satisfaga sus necesidades**. La legislación sobre contrataciones públicas trata no tanto sobre lo que las entidades adjudicadoras compran, sino principalmente sobre cómo lo compran. Por esta razón, ninguna de las Directivas de contratación limita el objeto de los contratos como tales.

Sin embargo, **la libertad para definir el contrato no es ilimitada**. En algunos casos, la elección de un producto, servicio o trabajo específico puede distorsionar las condiciones de competencia equitativa en contrataciones públicas para empresas en toda la UE. **Es preciso que existan algunas protecciones**. Estas protecciones se encuentran, en primer lugar, en el hecho de que las

disposiciones del TUE sobre no discriminación, libertad para brindar servicios y libre circulación de mercancías se aplican en todos los casos y, en consecuencia, también a los contratos públicos que están por debajo de los umbrales establecidos en las Directivas de contratación o a ciertos aspectos de los contratos que no están específicamente cubiertos por estas Directivas.

En la práctica, esto significa que, en todos los casos, la entidad adjudicadora debe asegurar que el contrato no afectará el acceso al mercado nacional por parte de otros operadores de la UE u operadores de países con derechos equivalentes<sup>34</sup>. En el caso de contratos cubiertos por las Directivas de contratación, el principio de no discriminación va más allá de la nacionalidad y exige un estricto tratamiento de igualdad entre todos los candidatos o licitadores con relación a todos los aspectos del procedimiento.

Una segunda protección, que se analiza en el capítulo siguiente, es que, de acuerdo con las normas de contrataciones públicas, las especificaciones técnicas utilizadas para definir el contrato no deben expresarse de manera discriminatoria y deben estar vinculadas al objeto del contrato.

Además, la legislación de la UE existente y la legislación nacional compatible con las leyes de la UE en cuestiones sociales u otros aspectos podría también limitar o influir en la libertad de elección con respecto al objeto del contrato.

<sup>34</sup> Por ejemplo, operarios de países que están obligados por el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

### 3. Aumentar el acceso a las oportunidades de contratación

#### 3.1. Mejorar el acceso a las oportunidades de contratación

No obstante, para algunas categorías de licitadores puede ser más difícil obtener acceso al mercado de contrataciones públicas (por ejemplo, las pymes). Los compradores pueden abordar estas dificultades, pero no tienen permitido tener preferencia sobre categorías específicas de licitadores. La legislación de la UE permite acciones positivas por parte de los compradores, pero no una discriminación positiva<sup>35</sup>.

En cambio, el objetivo es garantizar condiciones de competencia equitativa, de modo que los compradores ofrezcan a las empresas con menor representación las mismas oportunidades de competir por contratos públi-

cos que otros proveedores calificados. De esta forma, se puede fomentar la competencia y atraer a más empresas al proceso de licitación. Dentro de estos límites, es posible adoptar diversas medidas:

- alentar a las grandes organizaciones a abordar la diversidad de proveedores de manera voluntaria al ofrecer oportunidades equitativas a dichos proveedores como subcontratistas y al promover la igualdad y la diversidad<sup>36</sup>;
- estimular la participación de diversos proveedores mediante la publicación de un plan avanzado de actividades de contratación principales, donde se identifiquen contratos importantes que deban abrirse a licitación durante los siguientes doce meses;
- organizar eventos «para conocer al comprador» que estén abiertos a todos los posibles candidatos, a fin

#### Lo que no está permitido: ejemplos

- A excepción de las disposiciones especiales relacionadas con talleres protegidos\* y programas de empleo protegido, los compradores no tienen permitido reservar la ejecución de los contratos a clases de empresas concretas, ya que esto violaría los requisitos de igualdad en el trato estipulados por la legislación de la UE.

En el ámbito de los servicios sociales, no obstante, en casos excepcionales en los que se satisfacen determinadas condiciones específicas, es posible reservar la ejecución de ciertos contratos a operadores sin ánimo de lucro<sup>\*\*</sup>. Para ello, es preciso que exista una ley nacional que regule esta actividad en particular y que prevea acceso restringido a ciertos servicios para el beneficio de operadores sin ánimo de lucro. No obstante, cualquier ley nacional de ese tipo constituiría una restricción de los Artículos 49 y 56 del TUE sobre libertad de establecimiento y libre circulación de servicios y debería justificarse caso por caso. Sobre la base de la jurisprudencia del TJUE, tal restricción podría justificarse, en particular, si fuera necesaria y proporcionada para la obtención de determinados objetivos sociales que persigue el sistema de bienestar social nacional.

- La entidad adjudicadora no puede limitar la competencia a oferentes que ya tienen una oficina en una determinada zona geográfica, pero las cláusulas de cumplimiento del contrato pueden exigir que el oferente seleccionado abra una sucursal u oficina en una determinada zona, si esto se justifica para los fines de la correcta ejecución del contrato (por ejemplo, para coordinar un contrato de construcción complejo en el lugar).

\* Los que, debido a sus características, podrían no ser capaces de obtener contratos en condiciones de competencia normales (consulte el capítulo III, sección 3.2, «Reservas para talleres protegidos».

\*\* Consulte la sentencia del Tribunal de Justicia del 17 de junio de 1997 en el caso C-70/95 (Sodemare) [1997] ECR I-3395. Consulte también la respuesta a la pregunta 2.7 en el Documento de trabajo del personal de la Comisión «Frequently asked questions concerning application of public procurement rules to social services of general interest» (Preguntas frecuentes sobre la aplicación de las reglas de contrataciones públicas a servicios sociales de interés general), que está disponible en: [//ec.europa.eu/services\\_general\\_interest/docs/sec\\_2007\\_1514\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/services_general_interest/docs/sec_2007_1514_en.pdf).

<sup>35</sup> Con la excepción estipulada en el Artículo 28 de la Directiva 2004/17/CE y el Artículo 19 de la Directiva 2004/18/CE que permite, en determinadas circunstancias, reservar contratos para talleres protegidos o contemplar la ejecución de tales contratos en el contexto de programas de empleo protegido.

<sup>36</sup> Sin embargo, dado que la discriminación positiva no está permitida, las entidades adjudicadoras no pueden favorecer, en la etapa de adjudicación, a los licitadores que utilizan una clase específica de proveedor o subcontratista (por ej., las pymes). De manera similar, las entidades adjudicadoras no pueden exigir, en las cláusulas de cumplimiento del contrato, que un porcentaje determinado de proveedores o subcontratistas del contratista sean empresas pymes u otras clases específicas.

de mejorar su conocimiento sobre las necesidades y las prioridades de políticas de la entidad adjudicadora y, de esta manera, mejorar la transparencia y la accesibilidad del proceso de contratación;

- desarrollar programas de apoyo empresarial para mejorar la capacidad de pequeños y diversos proveedores y ofrecer orientación sobre el proceso de contrataciones públicas.

### Ejemplos:

**Reino Unido:** La Greater London Authority (GLA) (Autoridad del Gran Londres) ha adoptado una política que promueve una mayor diversidad entre los proveedores del sector privado. El objetivo es «brindar condiciones de competencia equitativa», de manera que se puedan «ofrecer a las empresas con menor representación las mismas oportunidades de competir por contratos del grupo de la GLA que a otros proveedores calificados»<sup>\*</sup>. La GLA hace una distinción entre las acciones positivas (que adopta) y la discriminación positiva (que rechaza). El Grupo de la GLA ha emprendido una revisión de sus procedimientos de contrataciones para eliminar los obstáculos que enfrentan las pymes y los diversos proveedores al competir por los contratos. Se han desarrollado procedimientos de contrataciones para contratos importantes a fin de abordar la diversidad de proveedores al ofrecerles oportunidades equitativas como subcontratistas y al promover la igualdad y la diversidad. El Grupo de la GLA controla periódicamente sus gastos con las pymes y otras empresas diversas a fin de identificar tendencias y brindar más aportes para actividades que permitan mejorar sus procedimientos de contrataciones.

Se ha iniciado una revisión de los procedimientos de contrataciones con el objetivo de identificar el potencial de las pymes para licitar contratos y se han solicitado las opiniones de los proveedores actuales sobre los procedimientos de la GLA a fin de identificar acciones que permitan hacerlos más accesibles.

Asimismo, a través de la London Development Agency (LDA) (Agencia de Desarrollo de Londres), el Grupo de la GLA vincula activamente sus procedimientos de contrataciones a programas de apoyo empresarial que mejoran la capacidad de pequeños y diversos proveedores para licitar contratos públicos. Este proceso puede mejorar las posibilidades de las empresas de conseguir contratos del Grupo de la GLA y brindar a este grupo una base de proveedores más competitiva a la hora de licitar.

**Irlanda:** El objetivo del Programa interprofesional de Irlanda «Go-Tender» era «crear oportunidades empresariales internacionales para las pymes en el mercado de contrataciones públicas de toda la isla mediante el ofrecimiento de talleres regionales cuidadosamente especializados». Los objetivos del Programa eran aumentar la sensibilización entre los proveedores, en especial, en cuanto a contratos internacionales, y crear oportunidades internacionales para las pymes en el mercado de contrataciones públicas de toda la isla, brindar información a las pymes sobre el mercado del sector público en toda la isla, desarrollar las capacidades necesarias para conseguir obras públicas en ambas competencias, y ofrecer apoyo personalizado experto sobre el proceso de licitación de obras. Durante los últimos tres años, se realizaron presentaciones en treinta talleres a los que asistieron más de cuatrocientos proveedores de empresas pyme. Muchos de estos proveedores continuaron compitiendo de manera satisfactoria por contratos públicos en Irlanda, Irlanda del Norte y en toda Europa.

\* CIF-OIT «Study on the incorporation of social considerations in public procurement in the EU» (Estudio sobre la incorporación de aspectos sociales en los contratos públicos de la UE), 21 de julio de 2008.

- Subdividir los contratos en lotes claramente facilita el acceso de las pymes, tanto cuantitativamente (el tamaño puede corresponderse mejor con la capacidad de producción de las pymes) como cualitativamente (el contenido de los lotes puede correspon-

derse más estrechamente con las especialidades de las pymes). Esto es posible, siempre que los contratos no se subdividan con el objeto de evitar la aplicación de las Directivas de contratación<sup>37</sup>.

### Ejemplo:

**Francia:** Con el objeto de atraer la mayor competencia posible, la norma general es adjudicar los contratos bajo la forma de lotes independientes. Sin embargo, las entidades adjudicadoras tienen la libertad de adjudicar contratos globales si consideran que la subdivisión en lotes puede limitar la competencia o arriesgar que el cumplimiento del contrato se vuelva técnicamente difícil o costoso, o si la entidad adjudicadora no está en condiciones de coordinar el cumplimiento del contrato.

<sup>37</sup> Artículo 9(3) y (5) de la Directiva 2004/18/CE y Artículo 17(2) y (6) de la Directiva 2004/17/CE.

### 3.2. Reservas para talleres protegidos

Las Directivas de contratación<sup>38</sup> incluyen, sin embargo, una disposición explícita que permite que los Estados miembros «reserven el derecho de participar en procedimientos de adjudicación de contratos públicos» para talleres protegidos o que «contemplen la ejecución de tales contratos en el contexto de programas de empleo protegido».

La explicación es que «los talleres protegidos y los programas de empleo protegido contribuyen de forma efectiva hacia la integración o reintegración de personas con discapacidad en el mercado laboral. Sin embargo, tales talleres podrían no ser capaces de obtener contratos en condiciones de competencia normales»<sup>39</sup>. En consecuencia, es apropiado admitir que los Estados miembros concedan preferencias para permitir la existencia de dichos talleres sin necesidad de competir con otros operadores económicos.

Según las disposiciones de las Directivas de contratación arriba mencionadas, tal reserva sólo se permite bajo determinadas circunstancias:

- cualquier reserva de ese tipo debe ser iniciada por los Estados miembros por medio de una legislación y no puede ser adoptada *ad hoc* por organismos públicos, ante la falta de una legislación nacional que permita tal reserva;
- al menos un 50% de los empleados de dichos talleres protegidos o programas de empleo protegido deben ser personas con discapacidad;
- según la naturaleza y la gravedad de las discapacidades, los empleados en cuestión no pueden ejercer las ocupaciones en condiciones normales.

Cuando los Estados Miembros se acojan a estas disposiciones, el anuncio de licitación deberá mencionarlo y el ámbito de las preferencias deberá incluirse en los anuncios de información previa (AIP) y los anuncios de licitación<sup>40</sup>.

#### Ejemplos:

**Alemania:** El Decreto Federal del 10 de mayo de 2005 sobre contratos para talleres de personas con discapacidad exige que los organismos de contrataciones federales reserven parte de su presupuesto para contratos que puedan adjudicarse a talleres para trabajadores con discapacidad. Esto podría incluir hasta contratos importantes de suministro y servicios. La participación se limita a talleres para trabajadores con discapacidad\*. No obstante, estos talleres deben competir en los procedimientos de adjudicación y presentar licitaciones económicamente válidas. Asimismo, las entidades adjudicadoras deben cumplir los requisitos de transparencia general del Pedido de contratación. Muchos municipios parecen tener una política de contrataciones a favor de trabajadores con discapacidad. A menudo, estos talleres son propiedad, en forma total o parcial, de los municipios que adjudican los contratos.

**Francia:** El Artículo L323-1 del *Code du travail* (Código de Trabajo) francés exige que los empresarios del sector público y privado (con más de 25 empleados) otorguen al menos un 6% de los trabajos a personas con discapacidad. Según el Artículo L323-8 del Código, los empresarios, en especial los organismos de contrataciones, pueden cumplir en parte con esta obligación al adjudicar contratos a empresas que apoyan el trabajo de personas con discapacidad. En el contexto de las contrataciones públicas, esto consiste en reservar ciertos contratos para entidades en las que más del 50% del personal contratado son personas con discapacidad, de acuerdo con el Artículo 19 de la Directiva 2004/18.

\* Las condiciones bajo las cuales las entidades adjudicadoras pueden reservar contratos para talleres con discapacidades se estipulan en el Artículo 19 de la Directiva 2004/18/CE y el Artículo 28 de la Directiva 2004/17/CE.

<sup>38</sup> El Artículo 28 de la Directiva 2004/17/CE y el Artículo 19 de la Directiva 2004/18/CE hacen referencia a los «talleres protegidos» y a los «programas de empleo protegido» «en los que la mayoría de los empleados involucrados son personas con una discapacidad». Tales entidades pueden conocerse bajo diferentes nombres en los distintos Estados miembros. Debe notarse que el Artículo 28 de la Directiva 2004/17/CE y el Artículo 19 de la Directiva 2004/18/CE abarcan a **todas las entidades similares (sin importar su nombre)** siempre que (a) al menos un 50% del personal contratado sean personas con discapacidad y (b) cumplan con las otras condiciones estipuladas por los artículos arriba mencionados.

<sup>39</sup> Considerando 28 de la Directiva 2004/18/CE y Considerando 39 de la Directiva 2004/17/CE.

<sup>40</sup> Directiva 2004/18/CE, Anexo VII y Directiva 2004/17/CE, Anexo XIII: Los anuncios de información previa (AIP) y de licitación deben indicar, cuando corresponda, «si el contrato público está restringido a talleres protegidos o si su ejecución se encuentra limitada al marco de programas de empleo protegido».



### **Identificación de las necesidades y planificación de la contratación — EN POCAS PALABRAS**

En procedimientos de contratación individuales:

Identificar las necesidades de la entidad adjudicadora y expresarlas de manera apropiada.

Considerar de qué forma, y hasta qué punto, los posibles objetivos u obligaciones de política social se ajustan a esta contratación.

Realizar las pruebas de asequibilidad y rentabilidad, incluida la evaluación de las ventajas y los costes de utilizar la contratación para ofrecer objetivos sociales.

Identificar el objeto del contrato y hasta qué punto los objetivos sociales pueden o deben especificarse como parte de dicho objeto.

Mejorar el acceso a las oportunidades de contratación al garantizar condiciones de competencia equitativa, de modo que los proveedores de empresas con menor representación tengan las mismas oportunidades de competir por contratos públicos que otros proveedores calificados (siempre que esto no conduzca a la «discriminación positiva»).

Considerar la mejor manera de comunicar la política de la entidad adjudicadora al mundo exterior, garantizando una transparencia óptima para los posibles proveedores o prestadores de servicios y para los ciudadanos que atiende dicha entidad.

# IV. El contrato

## A. Definición de los requisitos del contrato

### 1. Diseñar las especificaciones técnicas

Una vez que la entidad adjudicadora ha definido el objeto del contrato, debe traducirlo en especificaciones técnicas detalladas que puedan aplicarse directamente a un procedimiento de contratación pública.

Por lo tanto, las especificaciones técnicas cumplen tres funciones:

- Describen los requisitos de la contratación para que las empresas puedan decidir si están interesadas en participar. De esta forma, determinan el nivel de competencia.
- Proporcionan requisitos medibles con respecto a los cuales se pueden evaluar las licitaciones.
- Constituyen criterios de cumplimiento mínimos. Si no son claras y correctas, inevitablemente conducirán a ofertas inadecuadas. Las ofertas que no cumplan con las especificaciones técnicas deben rechazarse.

Según las normas de contrataciones públicas de la UE, la entidad adjudicadora sólo puede evaluar o comparar las propuestas de los oferentes con respecto a los requisitos de las especificaciones técnicas. De manera similar, la entidad adjudicadora sólo puede evaluar la capacidad de los oferentes para ofrecer lo que se menciona en las especificaciones. Las especificaciones se publican en las primeras fases del proceso de licitación, motivo por el cual las entidades adjudicadoras deben definir los requisitos desde el primer momento.

Las especificaciones técnicas deben estar **vinculadas al objeto del contrato**. Los requisitos que no guardan relación con el producto o el servicio por sí mismo, como un requisito relacionado con la forma en que se administra una empresa, no constituyen especificaciones técnicas según el sentido de las Directivas de contratación. De esta manera, los requisitos que se refieran, por ejemplo, a la contratación de personal de determinados grupos (personas con discapacidad, mujeres, etc.) no califican como especificaciones técnicas. De igual manera, una etiqueta relacionada con la «capacidad social» de una empresa tampoco puede considerarse una «especificación técnica», según el sentido de las Directivas de contratación.

Asimismo, las Directivas de contratación estipulan que las especificaciones técnicas **no deben reducir la competencia**<sup>41</sup>, deben ser **transparentes**<sup>42</sup> y **no deben discriminar** contra posibles contratistas que estén fuera del Estado miembro de la entidad adjudicadora<sup>43</sup>.

#### Lo que está permitido: algunos ejemplos

- Exigir, en un contrato de obras, medidas para evitar accidentes laborales y condiciones específicas para el almacenamiento de productos peligrosos, con el objeto de proteger la salud y la seguridad de los trabajadores.
- Exigir que los productos reúnan ciertas características ergonómicas con el fin de garantizar el acceso para todas las categorías de usuarios, incluidas las personas con discapacidad\*.

#### Lo que no está permitido: algunos ejemplos

- Exigir que un centro de contacto subcontratado, que ofrece apoyo telefónico y en línea (el cual podría ofrecerse legítimamente desde cualquier lugar) se instale en una ciudad en particular.
- Publicar especificaciones para un contrato de administración de viviendas pero, posteriormente, seleccionar a los oferentes sobre la base de que también puedan adquirir las viviendas en el futuro, si la entidad adjudicadora decidiera privatizar las viviendas.

\* Consulte el Artículo 23 de la Directiva 2004/18/CE y el Artículo 34 de la Directiva 2004/17/CE.

<sup>41</sup> Artículo 23(2) de la Directiva 2004/18/CE.

<sup>42</sup> Artículo 23(1) de la Directiva 2004/18/CE.

<sup>43</sup> Artículo 23(3) de la Directiva 2004/18/CE.

## 2. Utilizar especificaciones basadas en el cumplimiento o funcionales

Las Directivas de contratación permiten explícitamente que las entidades adjudicadoras elijan entre especificaciones basadas en normas técnicas o en requisitos de cumplimiento o funcionales<sup>44</sup>. En general, un enfoque funcional o basado en el cumplimiento permite un margen más amplio de creatividad en el mercado y, en algunos casos, presentará un desafío para desarrollar soluciones técnicas innovadoras. Si la entidad adjudicadora opta por este enfoque, no necesita entrar en demasiados detalles en cuanto a las especificaciones técnicas.

Al tener la posibilidad de definir las especificaciones técnicas en términos de requisitos de cumplimiento o funcionales, las entidades adjudicadoras pueden buscar soluciones innovadoras más apropiadas según sus necesidades. Por ejemplo, los requisitos de accesibilidad de un producto pueden definirse al establecer normas técnicas muy detalladas, o bien, al establecer normas basadas en requisitos de accesibilidad funcionales. La segunda opción puede utilizarse como un estímulo para que los operadores económicos propongan soluciones innovadoras en sus licitaciones.

Puesto que las opciones disponibles en el mercado sobre especificaciones basadas en el cumplimiento pueden variar significativamente, la entidad adjudicadora debe garantizar que sus especificaciones sean tan claras que le permitan realizar una evaluación correcta y justificable.

Es posible que haya más margen para tener en cuenta cuestiones sociales en proyectos más extensos o complejos, pero, independientemente del tamaño del proyecto, las especificaciones deben:

- ser específicas en cuanto a la producción y los resultados requeridos, y alentar a los oferentes a utilizar sus aptitudes y experiencia para buscar soluciones;
- ser lo suficientemente amplias para permitir que los oferentes añadan valor, pero tampoco hasta el

punto que se sientan expuestos a riesgos difíciles de cuantificar y, en consecuencia, eleven los precios;

- estar vinculadas al objeto del contrato, al tiempo que tienen en cuenta los objetivos de política apropiados, incluidas políticas interrelacionadas y obligaciones legales, y los sondeos del mercado en cuanto a lo que la industria puede suministrar.

## 3. Uso de variantes

Mantener diálogos con los posibles oferentes antes de finalizar las especificaciones puede ayudar a identificar oportunidades para promover los principios de igualdad de oportunidades y sostenibilidad. Estas conversaciones pueden establecer el mejor ámbito para los requisitos de modo que puedan ser comercialmente viables, mediante ajustes sensibles que permitan asignar y gestionar el riesgo. También podría ser útil comparar los servicios actuales con lo que se suministra en otra parte. Cuando se utilizan estas técnicas, se debe tener cuidado de no poner a un proveedor en particular en una situación de ventaja.

Incluso después de realizar una investigación de mercado, es posible que la entidad adjudicadora aún no esté segura sobre cómo integrar mejor las normas sociales en la especificaciones técnicas concretas. Si este fuera el caso, sería útil solicitar a los posibles oferentes que presenten variantes socialmente responsables. Esto significa que la entidad adjudicadora debe establecer un conjunto mínimo de especificaciones técnicas para el producto que desea adquirir, las cuales se aplicarán a la oferta neutral y a su variante socialmente responsable. Para la última, la entidad adjudicadora añadirá una dimensión social a las especificaciones técnicas<sup>45</sup>.

Cuando se reciban las ofertas, la entidad adjudicadora puede compararlas (tanto las neutrales como las ofertas socialmente responsables) basándose en el mismo conjunto de criterios de adjudicación. Por consiguiente, la entidad adjudicadora puede utilizar variantes para respaldar las normas sociales al permitir la comparación

<sup>44</sup> Artículo 23(3) de la Directiva 2004/18/CE.

<sup>45</sup> Esta dimensión social debe, por supuesto, vincularse al objeto del contrato (es decir, los suministros, servicios u obras reales que la entidad adjudicadora desea adquirir) y cumplir con todas las normas y los principios de la UE aplicables a las especificaciones técnicas del contrato público.

entre soluciones estándar y opciones sociales (basándose en los mismos requisitos técnicos estándar). A menos que la entidad adjudicadora indique lo contrario, las empresas tienen la libertad de presentar ofertas basándose en la solución estándar o en la variante.

Antes de que la entidad adjudicadora pueda aceptar variantes en un procedimiento de contratación pública<sup>46</sup>, es preciso que indique lo siguiente con anticipación en los pliegos de condiciones:

- que se aceptarán variantes;
- las especificaciones sociales mínimas que deben cumplir las variantes (por ejemplo, mejor rendimiento social);
- requisitos específicos para presentar variantes en las ofertas (como exigir un sobre independiente que indique la variante o indicar que la variante sólo se puede presentar en combinación con una oferta neutral).

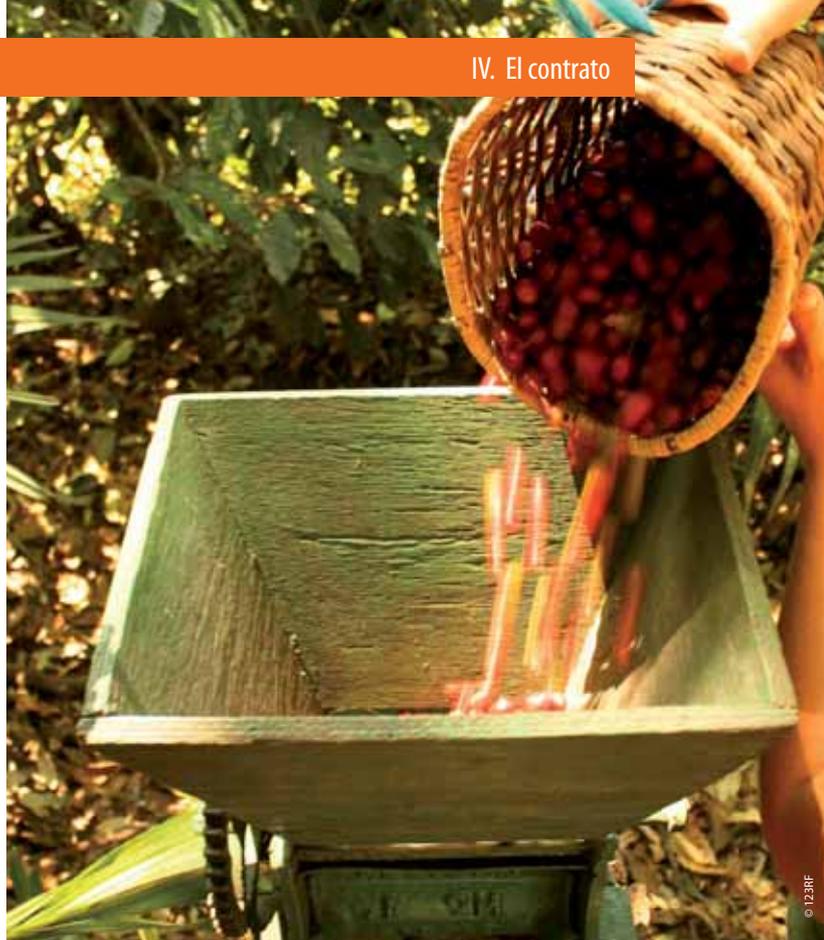
Los compradores que aceptan variantes pueden comparar las ofertas neutrales con las variantes socialmente responsables (basándose en los mismos criterios de adjudicación) y evaluar si las propuestas de los oferentes representan ventajas adicionales para alcanzar normas sociales y decidir si son asequibles.

#### Ejemplo:

Un ejemplo es la contratación de servicios de catering para una administración pública, en la cual la entidad adjudicadora puede invitar a los proveedores a presentar, además de la oferta neutral (estándar), una variante que incluya una dimensión social (preparación de alimentos de bajas calorías, sin sal y kosher, para satisfacer las necesidades médicas o religiosas de todas las categorías de usuarios).

## 4. Etiquetas sociales y las incidencias para el comercio ético

Es posible que una entidad adjudicadora desee adquirir bienes que realicen una contribución al desarrollo sosteni-



ble (en adelante denominados como «bienes de comercio ético»). En este caso, puede tener en cuenta consideraciones apropiadas en las especificaciones de la licitación, pero no puede exigir que los productos lleven una etiqueta/certificación de comercio ético<sup>47</sup>, ya que esto limitaría el acceso al contrato de productos que no están certificados pero que reúnen normas comerciales sostenibles similares. Éste es un principio general que se aplica no sólo a las etiquetas de comercio ético, sino a todas las etiquetas que exigen una certificación previa de los operadores económicos o de sus productos. De igual modo, una entidad adjudicadora que desea adquirir productos «biológicos» no puede exigir una etiqueta ecológica específica, pero puede solicitar, en los pliegos de condiciones, el cumplimiento de criterios específicos de agricultura biológica.

- Los requisitos de sostenibilidad pueden incorporarse en las especificaciones técnicas de una licitación pública, siempre que estos criterios estén vinculados al objeto del contrato en cuestión<sup>48</sup> y

<sup>46</sup> Consulte el Artículo 24 de la Directiva 2004/18/CE y el Artículo 36 de la Directiva 2004/17/CE.

<sup>47</sup> A los efectos de esta Guía, «etiqueta/certificación de comercio ético» significa cualquier sistema no gubernamental de garantía de la sostenibilidad comercial (por ejemplo, Comercio justo, Fairtrade, Max Havelaar, Utz, Rainforest Alliance, etc.). Para conocer más detalles sobre el comercio justo y otros sistemas de garantía de la sostenibilidad comercial, consulte la Comunicación de la Comisión COM(2009) 215 final del 5 de mayo de 2009: «Contribución al desarrollo sostenible: el papel del comercio justo y de los sistemas no gubernamentales de garantía de la sostenibilidad comercial», disponible en: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/may/tradoc\\_143089.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/may/tradoc_143089.pdf).

<sup>48</sup> De acuerdo con el Artículo 53 de la Directiva 2004/18/CE y el Artículo 55 de la Directiva 2004/17/CE.

aseguren el cumplimiento de otras normas de contrataciones públicas relevantes de la UE<sup>49</sup> y los principios de igualdad en el trato y transparencia.

Una entidad adjudicadora que desee adquirir bienes de comercio ético puede hacerlo si define los criterios de sostenibilidad relevantes en las especificaciones técnicas de dichos bienes. Una vez que una entidad adjudicadora haya decidido el objeto del contrato público (el tipo de productos genéricos que va a adquirir), tiene la libertad de definir las especificaciones técnicas de tales productos<sup>50</sup>. Los requisitos deben, no obstante, estar relacionados con las características o el rendimiento de los productos (por ejemplo, material reciclado) o con el proceso de producción de los productos (por ejemplo, cultivados de manera orgánica).

Los requisitos relacionados con las condiciones laborales de los trabajadores que participan en el proceso de producción de los bienes a adquirir no pueden considerarse en las especificaciones técnicas, ya que no constituyen especificaciones técnicas dentro del sentido de las Directivas de contratación. Sin embargo, en determinadas circunstancias, pueden incluirse en las cláusulas de cumplimiento del contrato<sup>51</sup>.

Las entidades adjudicadoras que pretenden adquirir bienes de comercio ético no deben simplemente «copiar y pegar» todas las especificaciones técnicas de una etiqueta/certificación de comercio ético<sup>52</sup> en las especificaciones técnicas y, menos aún, designar una etiqueta o certificación específica de comercio ético. En cambio, deben mirar cada subcriterio inherente a la etiqueta o a la certificación de comercio ético y utilizar sólo aquellos que estén vinculados al objeto de su compra. Las entidades adjudicadoras pueden estipular qué etiquetas/certificaciones de comercio ético se consideran que satisfacen estos criterios, pero también deben siempre permitir otros medios de prueba. Los oferentes deben tener la posibilidad de demostrar el cumplimiento de los requisitos definidos mediante el uso de las etiquetas/certificaciones de comercio ético apropiados o a través de otros medios.

- (b) Los criterios de sostenibilidad (incluidos los criterios sociales) también pueden incorporarse **en las condiciones de cumplimiento del contrato**, siempre que estén vinculados al cumplimiento del contrato en cuestión<sup>53</sup> (por ejemplo, salario mínimo y condiciones de trabajo digno de los empleados involucrados en la ejecución del contrato) y cumplan *por analogía* con los otros requisitos mencionados en el párrafo (a)

### Ejemplos:

Si la entidad adjudicadora desea adquirir café o frutas provenientes de un comercio ético, puede, por ejemplo, incorporar en las condiciones de cumplimiento del contrato público una cláusula que exija al proveedor pagar a los productores un precio que les permita cubrir sus costes de producción sostenible, tales como salarios y condiciones laborales dignas para los trabajadores involucrados, métodos de producción ecológicos y mejoras del proceso de producción y las condiciones laborales.

#### Alemania: Ciudad de Düsseldorf

El punto 7.3 del Pedido de contratación pública de la ciudad de Düsseldorf en Renania del Norte - Westfalia (*Vergabeordnung für die Stadtverwaltung Düsseldorf*) sobre la ejecución de los contratos estipula que: «no se debe adquirir ningún producto que provenga de la explotación de trabajo infantil. Esto puede comprobarse con una certificación independiente (por ejemplo, el sello Transfair o el sello Rugmark). Si no existiese tal certificación para el producto en cuestión, se considera aceptable una declaración en la forma de aceptación de las disposiciones adicionales del contrato para la ejecución de obras y la aceptación de las disposiciones adicionales del Pedido de contratación para contratos de suministros y servicios».

<sup>49</sup> Para conocer más detalles, consulte la sección «Definición de los requisitos del contrato».

<sup>50</sup> Entendiéndose que las especificaciones técnicas deben definirse de forma no discriminatoria.

<sup>51</sup> Consulte el párrafo (b) a continuación, sobre las cláusulas de cumplimiento del contrato para la adquisición de mercancías que garantizan la sostenibilidad junto con la sección general «Reglas que rigen las cláusulas de cumplimiento del contrato».

<sup>52</sup> Ya que algunas especificaciones de estas etiquetas/certificaciones de comercio ético pueden no estar vinculadas al objeto del contrato. Por lo tanto, incorporarlas en las especificaciones de la licitación sería contrario a los principios de las Directivas de contratación.

<sup>53</sup> Las condiciones incluidas en las cláusulas de cumplimiento del contrato no deben estar necesariamente vinculadas al objeto del contrato, sino sólo a su cumplimiento.

arriba y, de forma más general, con las condiciones estipuladas en la sección sobre «Reglas que rigen las cláusulas de cumplimiento del contrato» de esta Guía.

## 5. Considerar aspectos sociales en los métodos y los procesos de producción

El material con el que está fabricado un producto, y la forma como se ha hecho, puede desempeñar un papel importante en su impacto social. Según las Directivas de contratación, los métodos de producción pueden considerarse explícitamente al momento de definir las especificaciones técnicas<sup>54</sup>.

### Ejemplo:

Los contratos de obras públicas pueden incluir en las especificaciones técnicas requisitos apropiados cuyo objetivo sea evitar accidentes en el lugar de construcción. Tales medidas (que pueden incluir, por ejemplo, señalización, condiciones de almacenamiento de productos peligrosos o rutas de transporte de los equipos) forman parte del proyecto que se somete a licitación.

En un contrato de licitación de servicios de catering para un hospital, a fin de mejorar el bienestar de los pacientes, la entidad adjudicadora puede exigir en las especificaciones técnicas que los alimentos se preparen según deter-

minados métodos que satisfagan los requisitos médicos y de alimentación de las categorías específicas de pacientes.

No obstante, puesto que todas las especificaciones técnicas deben estar vinculadas al objeto del contrato, la entidad adjudicadora sólo puede incluir requisitos sociales que también estén vinculados a dicho objeto.

## 6. Discapacidad y especificaciones técnicas

Las Directivas de contratación<sup>55</sup> estipulan que las especificaciones técnicas establecidas en los pliegos de condiciones deben abordar la cuestión de accesibilidad de las obras, los suministros o los servicios que son objeto del contrato. El Artículo 23(1) de la Directiva 2004/18/CE estipula que «Siempre que sea posible ... se deben definir las especificaciones técnicas de modo que se tengan en cuenta los criterios de accesibilidad de personas con discapacidad o diseño para todos los usuarios». Como se explicó anteriormente, los requisitos nacionales obligatorios especificados en la legislación pertinente sobre «accesibilidad para todos» deben reflejarse en el objeto del contrato. Es imprescindible que los directivos a cargo de las contrataciones conozcan estos requisitos normativos nacionales específicos sobre accesibilidad y diseño para todos y que se los incluya en su totalidad en los pliegos de condiciones, principalmente, en la forma de especificaciones técnicas.

### Ejemplo:

**Italia:** Según la ley Stanca, es obligatorio que todos los sitios web públicos sean accesibles. La ley establece una serie de requisitos que se deben utilizar en las contrataciones públicas de sitios web. El «Decreto que establece Normas técnicas para la Ley 4/2004» consta, principalmente, de anexos que incluyen los requisitos técnicos de acceso a la web, la metodología de evaluación de sitios web y los requisitos de accesibilidad de equipos y programas. Las fuentes de inspiración principales de estos grupos fueron la Iniciativa de Accesibilidad a la Web del W3C y la experiencia positiva con la sección 508 de la Ley de Rehabilitación estadounidense. El CNIPA (el Centro Nacional de Informática en la Administración Pública) tiene la responsabilidad de evaluar licitaciones públicas de TIC de alto impacto para determinar si también incluyen los requisitos de accesibilidad aprobados en la legislación. La Ley 4/2004 asigna la responsabilidad de controlar el cumplimiento de la ley a la Presidencia del Consejo de Ministros (Departamento de Innovación y Tecnología) y al CNIPA. Durante 2006, se evaluaron quince proyectos de contratación principales (por un valor de 71 millones €) a fin de comprobar o mejorar el cumplimiento con las leyes sobre accesibilidad. La mayoría de estos proyectos, realizados por diez administraciones centrales diferentes, se centraban en contrataciones de sitios web y equipos.

<sup>54</sup> Anexo VI de la Directiva 2004/18/CE y Anexo XXI de la Directiva 2004/17/CE.

<sup>55</sup> Artículo 23(1) de la Directiva 2004/18/CE y Artículo 34(1) de la Directiva 2004/17/CE.

Es muy difícil que todas las entidades adjudicadoras sean expertas en cada dominio social, y es importante que tengan en cuenta que las prácticas de algunos países que no pertenecen a la UE podrían facilitarles su trabajo de elaborar normas de accesibilidad. En los Estados Unidos, la sección 508 de la Ley de Rehabilitación exige que las entidades adjudicadoras federales utilicen normas de accesibilidad en las contrataciones públicas y esto ha tenido repercusiones en varios Estados miembros de la UE y ha influido en las prácticas industriales.

En la UE, la Comisión Europea ha publicado dos mandatos de normalización para apoyar los requisitos de accesibilidad europeos para las contrataciones públicas de productos y servicios en el área de tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC)<sup>56</sup> y de los sectores construidos<sup>57</sup> respectivamente. Los resultados de la primera fase del Mandato 376 ya están disponibles e identifican una serie de normas de accesibilidad junto con diversos métodos para evaluar la conformidad con tales normas a la hora de adquirir tecnologías de la información y de las comunicaciones<sup>58</sup>.

#### **Definición de los requisitos del contrato en las especificaciones técnicas: EN POCAS PALABRAS**

Elabore especificaciones técnicas claras y precisas. Asegúrese de que las especificaciones estén vinculadas al objeto del contrato, reflejen todos los requisitos sociales apropiados y sean transparentes y no discriminatorias.

Aproveche las «mejores prácticas» de otras entidades adjudicadoras. Utilice el trabajo en red como una forma de obtener y divulgar información.

Utilice las especificaciones basadas en el cumplimiento o funcionales para fomentar ofertas innovadoras socialmente responsables. Considere el hecho de tener en cuenta aspectos sociales en los métodos y los procesos de producción.

Si no está seguro de la existencia concreta, el precio o la calidad de productos o servicios socialmente responsables, puede solicitar variantes socialmente responsables.

Cuando corresponda, considere reservar el contrato para talleres protegidos o contemple la ejecución del contrato en el contexto de programas de empleo protegido.

Asegúrese de que se incluyan todos los resultados pretendidos, no pueden agregarse más adelante en el proceso.



<sup>56</sup> Comisión Europea, Mandato de normalización para el Comité Europeo de Normalización (CEN), Comité Europeo de Normalización Electrotécnica (CENELEC) y el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones (ETSI) en apoyo a los requisitos europeos de accesibilidad para contrataciones públicas en el dominio de tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC), M/376 EN, 7 de diciembre de 2005.

<sup>57</sup> Comisión Europea, Mandato de normalización para el Comité Europeo de Normalización (CEN), Comité Europeo de Normalización Electrotécnica (CENELEC) y el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones (ETSI) en apoyo a los requisitos europeos de accesibilidad para contrataciones públicas en sectores construidos, M/420 EN, 21 de diciembre de 2007.

<sup>58</sup> Requisitos europeos de accesibilidad para contratos públicos de productos y servicios en el dominio de Tecnologías de la información y de las comunicaciones (Mandato de la Comisión Europea M 376, fase 1); CEN/BT WG 185 y CLC/BT WG 101-5, Informe sobre «Conformity assessment systems and schemes for accessibility requirements» (Sistemas y programas de evaluación de conformidad de requisitos de accesibilidad).

## B. Selección de proveedores, prestadores de servicios y contratistas

Los criterios de selección se centran en la capacidad de las empresas para llevar a cabo el contrato que están licitando. Las Directivas de contratación incluyen dos series de normas sobre selección: criterios de exclusión y normas relacionadas con la capacidad técnica y económica.

### 1. Criterios de exclusión

Las Directivas de contratación incluyen una lista exhaustiva de casos en los que la situación personal de un candidato o licitador puede llevar a su exclusión del procedimiento de contratación<sup>59</sup>. Algunas de estas limitaciones pueden ser de carácter social. Por ejemplo, los candidatos o licitadores pueden ser excluidos:

- por no cumplir con el pago de contribuciones sociales<sup>60</sup>; o
- cuando el operador económico «ha sido condenado mediante sentencia firme (que tiene fuerza de *cosa juzgada* conforme con las disposiciones jurídicas del país) por cualquier delito que afecte su conducta profesional»<sup>61</sup> o «ha cometido una falta profesional grave (comprobada por cualquier medio que las entidades adjudicadoras puedan demostrar)»<sup>62</sup>, basándose en el concepto de «falta profesional grave» definido en la legislación nacional<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Artículo 45 de la Directiva 2004/18/CE y Artículos 53(3) y 54(4) de la Directiva 2008/17/CE. En algunos casos penales especialmente graves, hasta puede ser obligatorio excluir a los licitadores.

<sup>60</sup> Artículo 45(2)(e) de la Directiva 2004/18/CE.

<sup>61</sup> Artículo 45(2)(c) de la Directiva 2004/18/CE.

<sup>62</sup> Artículo 45(2)(d) de la Directiva 2004/18/CE.

<sup>63</sup> La legislación europea o la jurisprudencia de la UE aún no han definido el concepto de «falta profesional grave». Por lo tanto, corresponde a los Estados miembros definir este concepto en su legislación nacional y determinar si el incumplimiento de determinadas obligaciones sociales constituye una falta profesional grave.

#### Lo que está permitido: ejemplos

- Exclusión de un licitador que ha sido condenado por una sentencia con la fuerza de *cosa juzgada* por incumplimiento de la legislación nacional que prohíbe el trabajo clandestino, el incumplimiento de normas nacionales relacionadas con la salud y la seguridad en el lugar de trabajo o el incumplimiento de normas nacionales que prohíben la discriminación por diversos motivos (origen racial, sexo, discapacidad, edad, sexo, creencia religiosa, etc.).
- Exclusión de un licitador que no ha incorporado una política de igualdad de oportunidades, según lo exige la legislación nacional del Estado miembro al que pertenece la entidad adjudicadora, siempre que el incumplimiento de la legislación esté calificado como falta profesional grave en el Estado miembro en cuestión.

#### Lo que **no** está permitido: un ejemplo

- Exclusión de un posible licitador sobre la base de creencias políticas o personales del licitador que no tiene relación con la conducta profesional.

### 2. Capacidad técnica<sup>64</sup>

El proceso de selección permite que las entidades adjudicadoras evalúen la capacidad de los candidatos para cumplir con los requisitos especificados en el contrato. Las Directivas de contratación incluyen una lista exhaustiva de los criterios de selección de capacidad técnica, los cuales pueden aplicarse para justificar la selección de los candidatos. Los criterios de selección que son diferentes

#### Ejemplo:

En el caso Beentjes\*, el Tribunal determinó que una condición que exigía contratar a trabajadores desempleados por un período prolongado no guardaba relación con la verificación de la aptitud de los licitadores por su capacidad económica y financiera y sus conocimientos técnicos y habilidades (cláusula 28 de la sentencia)\*\*.

\* Sentencia del TJUE del 20 de septiembre de 1988 en el caso 31/87.

\*\* Sin embargo, podría incorporarse una condición que exija el empleo de trabajadores desempleados por un período prolongado en las cláusulas de cumplimiento del contrato, siempre que se corresponda con las normas de la UE aplicables en la etapa de cumplimiento (para conocer más detalles, consulte la sección «Cumplimiento del contrato»).

<sup>64</sup> Esta Guía no analizará los criterios de selección de la capacidad financiera y económica, dado que en vista de la naturaleza de las referencias requeridas para evaluar la capacidad económica y financiera de los licitadores, no es posible incluir en ellos consideraciones sociales.

a los establecidos en las Directivas de contratación no cumplen, por lo tanto, con las Directivas.

Además, los criterios de selección no deben ser discriminatorios, deben ser proporcionados y deben estar vinculados al objeto del contrato.

Para poder establecer tal vínculo, los aspectos sociales pueden incluirse en los criterios de selección técnicos **sólo si** el cumplimiento del contrato exige «conocimientos» específicos en el ámbito social. En función del objeto del contrato, la entidad adjudicadora puede investigar distintos aspectos de la capacidad técnica de los candidatos:

- ¿La empresa licitadora contrata o tiene acceso a personal con la experiencia y los conocimientos necesarios para abordar los aspectos sociales del contrato (por ejemplo, la necesidad de tener personal capacitado y experiencia de gestión específica en el contrato para una guardería infantil, o ingenieros y arquitectos cualificados en cuestiones de accesibilidad para la construcción de un edificio público)?
- ¿La empresa licitadora posee o tiene acceso a los equipos técnicos necesarios para garantizar la protección social (por ejemplo, la necesidad de tener equipos apropiados para personas mayores en un contrato para dirigir una residencia de jubilados)?
- ¿La empresa licitadora cuenta con los medios técnicos especializados pertinentes para cubrir los aspectos sociales (por ejemplo, en un contrato de compra

de equipos informáticos, la inclusión de requisitos de accesibilidad para personas con discapacidad)?

Las capacidades técnicas de los operadores económicos pueden demostrarse mediante uno o más de los medios exhaustivos que se especifican en las Directivas<sup>65</sup>, tales como:

- prueba de contratos anteriores celebrados, indicando los técnicos u órganos técnicos que participan;
- una descripción de las instalaciones técnicas utilizadas y las medidas relacionadas que adoptó el contratista;
- las cualificaciones educativas y profesionales del personal del contratista (de especial importancia en contratos que sólo pueden alcanzar sus objetivos sociales sujetos a la correcta formación del personal);
- detalles de la mano de obra del prestador del servicio y cantidad de directivos;
- detalles del porcentaje del contrato que se puede subcontratar.

Es importante encontrar un equilibrio entre la necesidad de que la entidad adjudicadora cuente con prueba suficiente en cuanto a la capacidad del contratista de cumplir con el contrato y la necesidad de evitar imponer cargas excesivas en los contratistas.

#### **Selección de proveedores, contratistas y prestadores de servicios — EN POCAS PALABRAS**

Considere la capacidad de los posibles contratistas de llevar a cabo el contrato específico en cuestión. Fije criterios de selección basándose en la lista exhaustiva indicada en las Directivas de contratación.

¿El contrato exige capacidad social (por ejemplo, habilidades concretas, formación o equipos adecuados para abordar los aspectos sociales del contrato)? Si así fuera, incluya criterios sociales para demostrar la capacidad técnica para ejecutar el contrato.

La evaluación de la capacidad técnica debe relacionarse con la capacidad del candidato de llevar a cabo el contrato.

Cuando sea pertinente, considere la trayectoria del proveedor en cumplir con contratos similares en relación con las normas sociales requeridas. Considere la posibilidad de excluir a licitadores si se cumplen las condiciones de las Directivas de contratación que permiten tal exclusión.

<sup>65</sup> Artículo 48 de la Directiva 2004/18/CE.

## C. Adjudicación del contrato

### 1. Normas generales para elaborar criterios de adjudicación y para adjudicar contratos

Se pueden aplicar criterios de adjudicación social, siempre que<sup>66</sup>:

- estén vinculados al objeto del contrato;
- no confieran una libertad de elección ilimitada a la entidad adjudicadora;
- se mencionen expresamente en el anuncio de licitación y en los pliegos de condiciones; y
- cumplan con los principios fundamentales de la legislación de la UE.

Cuando la entidad adjudicadora evalúa la calidad de las licitaciones, utiliza criterios de adjudicación predeterminados, publicados con anticipación, para decidir cuál es la mejor propuesta. Según las Directivas de contratación, la entidad adjudicadora tiene dos opciones: puede comparar las ofertas basándose sólo en el precio<sup>67</sup> o puede elegir adjudicar el contrato a la oferta «económicamente más ventajosa» o de mejor valor, lo que significa que se tendrán en cuenta otros criterios de adjudicación además del precio.

Dado que la «oferta económicamente más ventajosa» («most economically advantageous tender» (MEAT)) o de mejor valor siempre combina dos o más subcriterios, éstos pueden incluir criterios sociales. De hecho, la lista de ejemplos no exclusiva de las Directivas de contra-

tación<sup>68</sup> que permite que las entidades adjudicadoras determinen cuál es la oferta económicamente más ventajosa incluye: calidad, precio, valor técnico, características funcionales y estéticas, características sociales, gastos de funcionamiento, rentabilidad, servicio posventa, asistencia técnica, fecha de entrega, plazo de entrega y tiempo de terminación.

Puesto que la mejor oferta se determinará sobre la base de varios subcriterios diferentes, la entidad adjudicadora puede utilizar diversas técnicas para comparar y ponderar estos subcriterios. Estas técnicas incluyen comparaciones de matriz, ponderaciones relativas y sistemas de «bonus-malus». Las entidades adjudicadoras tienen la responsabilidad de especificar y publicar a tiempo los criterios para la adjudicación del contrato y la ponderación relativa que se asigna a cada uno de dichos criterios para que los licitadores estén al tanto de ellos a la hora de preparar sus ofertas.

Los criterios individuales que determinarán la oferta económicamente más ventajosa o de mejor valor deberán formularse de manera tal que:

- Estén vinculados al objeto del contrato que se va a adquirir (según se describe en las especificaciones técnicas).

Las especificaciones técnicas definen el nivel de cumplimiento exigido (por ejemplo, normas de accesibilidad en las especificaciones técnicas). Pero, la entidad adjudicadora puede decidir que se otorguen puntos adicionales en la etapa de adjudicación a cualquier producto o servicio cuyo rendimiento sea mejor al del nivel mínimo. Por ejemplo, cuando se hace referencia a una norma de accesibilidad, por ejemplo a la web como en el caso de la norma **UNE 139803** «Requisitos de accesibilidad para contenidos Web» (España), es posible cumplir en tres niveles: A, AA o AAA. Se podrían otorgar puntos adicionales a la oferta que alcanza el nivel más alto.

- Permiten evaluar las licitaciones según sus criterios cualitativos y económicos en todos sus sectores a fin de determinar cuál es la oferta económicamente

<sup>66</sup> Para conocer más detalles sobre las condiciones que se indican a continuación, consulte la sección siguiente «Condiciones aplicables a los criterios de adjudicación en la evaluación de la licitación». Consulte también los Considerandos 1 y 2 de la Directiva 2004/18/CE y los Considerandos 1 y 9 de la Directiva 2004/17/CE;

<sup>67</sup> En el caso de contratos adjudicados sobre la base del precio más bajo, el hecho de no tener en cuenta otros criterios de adjudicación (como la calidad o los aspectos sociales), puede, en cierta medida, compensarse al incluir normas de calidad altas en las especificaciones técnicas del contrato (de modo que sólo las propuestas que cumplan con todas las normas cualitativas en las especificaciones técnicas se tengan en cuenta en la etapa de adjudicación) o al incluir los aspectos sociales (según su naturaleza) en las especificaciones técnicas (si tales aspectos están vinculados al objeto del contrato) o en las cláusulas de cumplimiento del contrato (si sólo están vinculadas a dicho cumplimiento).

<sup>68</sup> Considerando 46 y Artículo 53 de la Directiva 2004/18/CE.

### Lo que está permitido: ejemplos

- En una contratación pública para la atención de personas con discapacidad, los criterios de adjudicación pueden tener en cuenta requisitos relativos a satisfacer las necesidades específicas de cada categoría de usuario (por ejemplo, personalización del servicio según la edad, el sexo o las dificultades sociales de los usuarios, etc.).
- En un contrato para la adquisición de pruebas y servicios de contratación para el sector público, la entidad adjudicadora puede solicitar a los licitadores que garanticen que tales pruebas y servicios estén diseñados y se lleven a cabo de un modo que aseguren la igualdad de oportunidades para todos los participantes, independientemente de su edad, sexo y origen étnico o religioso.
- En un contrato para la adquisición de programas y equipos informáticos, se puede incluir un criterio de adjudicación que relacione la cantidad de puntos adjudicados a los niveles de accesibilidad o a las características de accesibilidad específicas propuestas para diversos grupos de personas con discapacidad. Esto incluye, por ejemplo, si el producto o servicio es accesible para personas con dificultades visuales o ciegos, personas con problemas auditivos o sordos, personas con discapacidad intelectual, personas con defectos de movilidad y destreza, etc.

### Lo que **no** está permitido: ejemplos

- Utilizar criterios de adjudicación relacionados con adquisiciones locales de equipos a cargo del contratista (por ejemplo, en un contrato para la construcción de un hospital) para estimular la creación de nuevos puestos de trabajo en el mercado local. En primer lugar, un criterio de ese tipo no está vinculado al objeto del contrato (construcción del hospital). En segundo lugar, este criterio también es discriminatorio, ya que ofrece a los licitadores que adquieren sus equipos en el mercado local una ventaja indebida sobre otros licitadores que compran en otro lugar.
- Utilizar criterios de adjudicación incorporados a último momento y no incluidos en los pliegos de condiciones.
- Utilizar criterios de adjudicación que pudieran otorgar a la entidad adjudicadora una facultad discrecional indebida. Por ejemplo, en un contrato para equipos informáticos, un criterio de adjudicación que especifique que los licitadores pueden recibir entre 1 y 20 puntos por los valores técnicos de accesibilidad de los productos propuestos, sin indicar los parámetros o las características que la entidad adjudicadora tendrá en cuenta para determinar el número exacto de puntos que se otorgarán en cada caso, puede otorgar a la entidad adjudicadora una facultad discrecional indebida para evaluar los valores técnicos de las licitaciones.

más ventajosa<sup>69</sup>. En la práctica, esto significa que cada criterio de adjudicación individual no necesita ofrecer una ventaja económica a la entidad adjudicadora, pero tomados los criterios de adjudicación en conjunto (es decir, factor económico y social) deben permitir que la entidad adjudicadora identifique la oferta económicamente más ventajosa.

### 1.1. Condiciones aplicables a los criterios de adjudicación en la evaluación de la licitación

Las Directivas de contratación permiten explícitamente que se incluyan aspectos sociales en los criterios de adjudicación. Esta legislación se basa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La norma básica sobre criterios de adjudicación sociales deriva de los casos C-513/99 (Concordia Bus) y C-448/01 (Wiens-

trom) y de las Directivas de contratación, que se refieren específicamente a esta resolución en su primer considerando. Todos los criterios de adjudicación deben cumplir las cuatro condiciones que se mencionan al comienzo de la sección C 1 arriba<sup>70</sup>.

*(a) Los criterios de adjudicación deben estar vinculados al objeto del contrato*

Esto es fundamental. Garantiza que los criterios de adjudicación se relacionen con las necesidades de la entidad adjudicadora, según lo definido en el objeto del contrato. En la sentencia del caso «Wienstrom»<sup>71</sup> el TJUE suministró más información sobre cómo debe interpretarse el vínculo con el objeto del contrato.

<sup>69</sup> Consulte el Considerando 46 de la Directiva 2004/18/CE y el Considerando 55 de la Directiva 2004/17/CE.

<sup>70</sup> Sentencia del TJUE en el caso C-513/99. Esta sentencia se refiere a los criterios de adjudicación medioambientales, pero se pueden aplicar los mismos principios, *por analogía* a los criterios de adjudicación sociales en los contratos públicos.

<sup>71</sup> Sentencia del TJUE en el caso C-448/01.

**Ejemplos:**

**Caso Wienstrom:** En este caso, el TJUE dictaminó que en una licitación de suministro de energía, un criterio que se refiera exclusivamente a la cantidad de electricidad procedente de fuentes de energía renovables que sobrepase el consumo previsto de la entidad adjudicadora (que era el objeto del contrato) no puede considerarse vinculado al objeto del contrato. Para establecer tal vínculo con el objeto del contrato, el criterio que se refiere a la cantidad de electricidad procedente de fuentes de energía renovables debería haberse referido sólo a la electricidad efectivamente suministrada a la entidad adjudicadora.

**Contrato de obras:** En el caso de un contrato que incorpora aspectos sociales, en un contrato de construcción cuyo objeto es la edificación de una escuela, no está legalmente permitido incorporar un criterio de adjudicación que se base en cuánto dinero debería transferir el contratista a la comunidad local fuera del contrato, ya que esto no se vincularía al objeto del contrato.

*(b) Los criterios de adjudicación deben ser específicos y objetivamente cuantificables*

El TJUE dictaminó que, en función de sus sentencias anteriores, los criterios de adjudicación nunca deben conferir una libertad de elección ilimitada a las entidades adjudicadoras. Deben limitar esta libertad de elección al establecer criterios específicos, relacionados con el producto y medibles o, en las palabras del TJUE, criterios «adecuadamente específicos y objetivamente cuantificables». El TJUE ofreció más aclaraciones en los casos Wienstrom y Concordia Bus<sup>72</sup>.

<sup>72</sup> Estos dos casos se refieren a criterios de adjudicación medioambientales, pero los principios que derivan de estas sentencias pueden aplicarse por analogía a los criterios de adjudicación sociales.

**Ejemplos:****La falta de claridad y objetividad de los criterios de adjudicación en el caso Wienstrom:**

En el caso Wienstrom, el TJUE determinó que, para que los licitadores tengan iguales oportunidades a la hora de elaborar los términos de sus ofertas, la entidad adjudicadora debe formular sus criterios de adjudicación de forma tal que «todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma»<sup>\*</sup>. Otro aspecto de la claridad y mensurabilidad necesarias de los criterios de adjudicación, según lo expresado por el TJUE, era que la entidad adjudicadora sólo puede establecer criterios con respecto a los cuales se pueda verificar realmente la información suministrada por los licitadores.

**La especificidad y mensurabilidad de los criterios de adjudicación en el caso Concordia Bus:**

En el caso Concordia Bus, antes de la evaluación de las licitaciones, la Comunidad de Helsinki resolvió y publicó un sistema de adjudicación de puntos adicionales para ciertos niveles de emisiones y ruido<sup>\*\*</sup>. El TJUE consideró que este sistema era adecuadamente específico y mensurable.

<sup>\*</sup> En este caso, la entidad adjudicadora no determinó el período específico durante el cual los licitadores deben indicar el monto que pueden suministrar.

<sup>\*\*</sup> En este caso, se asignaron puntos adicionales, entre otros criterios, para el «uso de autobuses con emisiones de óxido de nitrógeno inferiores a 4 g/kWh (+ 2,5 puntos/autobús) o inferiores a 2 g/kWh (+ 3,5 puntos/autobús) y con niveles de ruido externos inferiores a 77 dB (+1 punto/autobús)».

*(c) Los criterios de adjudicación deben haberse dado a conocer previamente*

Las Directivas de contratación estipulan que los anuncios de licitación deben mencionar si la entidad adjudicadora asignará el contrato sobre la base del «precio más bajo» o de la «oferta económicamente más ventajosa». Los criterios utilizados para identificar la oferta económicamente más ventajosa deben mencionarse en el anuncio o, al menos, en los pliegos de condiciones.



(d) *Los criterios de adjudicación deben cumplir con la legislación de la UE (incluidos los principios fundamentales del TUE)*

La última condición que deriva del TUE y de las Directivas de contratación es que los criterios de adjudicación deben cumplir todos los principios fundamentales de la legislación de la UE.

El TJUE ha destacado explícitamente la importancia del principio de no discriminación, que constituye la base de otros principios, como la libertad para prestar servicios y la libertad de establecimiento. La cuestión de la discriminación se planteó expresamente en el caso Concordia Bus<sup>73</sup>.

#### Ejemplo:

Una de las objeciones del caso Concordia Bus fue que los criterios que estableció la Comunidad de Helsinki eran discriminatorios, puesto que la propia empresa de autobuses de la Comunidad, HKL, era la única con vehículos que funcionan a gas que podía cumplir con los niveles de emisiones establecidos. El TJUE dictaminó que el hecho de que uno de un conjunto de diversos criterios de adjudicación impuestos por la entidad adjudicadora sólo podía ser cumplido por un número reducido de empresas no lo convertía en un acto discriminatorio en sí mismo. Por lo tanto, para determinar si ha existido discriminación, deben tenerse en cuenta todos los hechos del caso.

## 1.2. El «criterio adicional»

En el caso C-225/98, el TJUE sostuvo que las entidades adjudicadoras pueden otorgar un contrato sobre la base de una condición relacionada, por ejemplo, con la lucha contra el desempleo, siempre que esta condición se corresponda con los principios fundamentales de la legislación de la UE, **pero sólo cuando las entidades tuvieran que considerar dos o más licitaciones equivalentes**. El Estado miembro en cuestión consideró esta condición como **un criterio adicional no determinante** y la consideró sólo después de se hubieron comparado las ofertas sobre la base de otros criterios de adjudicación. Por último, el TJUE indicó que la aplicación del criterio de adjudicación relacionado con la lucha contra el desempleo no debe tener influencia directa o indirecta sobre oferentes de otros Estados miembros de la UE y debe mencionarse explícitamente en el anuncio de licitación, de modo que los posibles contratistas puedan saber de la existencia de tal condición.

Por lo tanto, un criterio relacionado con la lucha contra el desempleo (y otros criterios que no estén vinculados al objeto del contrato) puede tenerse en cuenta en la etapa de adjudicación sólo como un «criterio adicional» para poder elegir entre dos licitaciones equivalentes. Todos los demás criterios de adjudicación (que no sean el criterio adicional) deben estar vinculados al objeto del contrato, según lo dictaminado por el TJUE en 2001 en el «caso Wienstrom»<sup>74</sup> (ver arriba).

<sup>73</sup> Sentencia del TJUE en el caso C-513/99.

<sup>74</sup> Sentencia del TJUE en el caso C-448/01.

## 2. Tratar «ofertas anormalmente bajas»

Según las Directivas de contratación, si las entidades adjudicadoras consideran que una licitación es anormalmente baja, deben pedir explicaciones antes de rechazarla. Las Directivas indican que estas explicaciones también pueden referirse (entre otros factores) al cumplimiento de las «disposiciones relacionadas con la protección del empleo y las condiciones laborales vigentes en el lugar donde se llevará a cabo la obra, el servicio o el suministro»<sup>75</sup>. De este modo, las Directivas de contratación relacionan específicamente la cuestión de las licitaciones anormalmente bajas con la protección del empleo y las condiciones laborales. Algunas prácticas, incluso la de ignorar las condiciones laborales exigidas por ley, pueden dar lugar a la competencia *desleal*.

### Ejemplos:

**Francia:** En Ville d'Angers se constató que los trabajadores del sector de limpieza tenían jornadas de trabajo arduas. Por lo tanto, una oferta que es muy atractiva económicamente ya que propone una cantidad de trabajadores que es inferior a la apropiada según la superficie que se debe limpiar, en función de los índices promedio, se consideraría anormalmente baja y se rechazaría si el oferente no pudiera explicar cómo podría garantizar un precio tan bajo sin infringir ninguna de las leyes aplicables (como las leyes relacionadas con el número máximo de horas de trabajo por día).

Las Directivas de contratación establecen los procedimientos que debe adoptar la entidad adjudicadora antes de rechazar una licitación por considerarla anormalmente baja<sup>76</sup>. Cada caso debe considerarse individualmente, no debe haber exclusión automática, los licitadores deben tener la oportunidad de refutar el caso en su contra y se debe cumplir la condición de no discriminación.

La entidad adjudicadora puede solicitar por escrito detalles que considere importantes para poder evaluar una

### Lo que está permitido: un ejemplo

Se puede excluir a un licitador si, a través de la consulta realizada de acuerdo con las normas de las Directivas de contratación arriba mencionadas,\* se determina que la licitación es anormalmente baja como consecuencia del incumplimiento, por parte del licitador, de las normas aplicables sobre protección del empleo, pago de contribuciones sociales o sobre horas de trabajo adicionales, seguridad en el lugar de trabajo o prohibición de trabajo clandestino.

### Lo que no está permitido: un ejemplo

La entidad adjudicadora no puede imponer una exclusión total y automática de ninguna licitación que se encuentre por debajo de un porcentaje especificado (por ejemplo, 80 %) del precio promedio de todas las licitaciones recibidas.

\* Artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE y Artículo 57 de la Directiva 2004/17/CE.

oferta anormalmente baja. Pueden relacionarse con cuestiones de protección de empleo y de condiciones laborales. Esto no se limita a solicitar tales detalles sólo del licitador. En el caso de las condiciones laborales, por ejemplo, sería apropiado solicitar información de los sindicatos. Sin embargo, en los casos en los que la entidad adjudicadora obtenga información de otras fuentes, las Directivas de contratación exigen que dicha entidad «compruebe tales elementos constitutivos mediante una consulta al licitador, teniendo en cuenta las pruebas presentadas». Las reglas prácticas relacionadas con dicha verificación de la entidad adjudicadora se rigen por ley nacional, entendiéndose que tales normas deben permitir que el licitador presente su posición.

Si con la consulta se determina que la oferta es anormalmente baja, la entidad adjudicadora puede rechazarla (aunque las Directivas de contratación no obligan a hacerlo). No obstante, en los Estados miembros que han adoptado la legislación para este fin, las entidades adjudicadoras pueden, sin embargo, estar bajo la obligación de rechazar dichas licitaciones.

<sup>75</sup> Artículo 55(1)(d) de la Directiva 2004/18/CE y Artículo 57(1)(d) de la Directiva 2004/17/CE.

<sup>76</sup> Artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE y Artículo 57 de la Directiva 2004/17/CE.

### 3. Sesión informativa con oferentes que no han sido seleccionados

La entidad adjudicadora debe brindar información a los oferentes una vez que se ha adjudicado el contrato. Esta puede ser una buena oportunidad de relacionarse con

los oferentes que no han sido seleccionados en general y con las políticas de la entidad adjudicadora relacionadas con aspectos sociales en particular. Si el oferente no fue seleccionado, en parte debido al incumplimiento de los criterios sociales, se pueden dar detalles sobre lo que éste debería hacer para tener éxito en el futuro.

#### Adjudicación del contrato: evaluación de la licitación — EN POCAS PALABRAS

Establezca los criterios de adjudicación: cuando se elija el criterio de la «oferta económicamente más ventajosa», se pueden incluir los criterios sociales pertinentes ya sea como un punto de referencia para comparar las ofertas socialmente responsables entre sí o como un modo de introducir un elemento social y asignarle cierto peso.

Los criterios de adjudicación sociales (y también económicos o medioambientales) deben:

- estar vinculados al objeto del contrato;
- no conferir libertad de elección ilimitada a la entidad adjudicadora;
- mencionarse expresamente en el anuncio de licitación y en los pliegos de condiciones;
- ser coherentes con la legislación de la UE (incluidos los principios fundamentales del TUE: transparencia, igualdad en el trato y no discriminación);
- ayudar a identificar la oferta económicamente más ventajosa para la entidad adjudicadora; y
- ser coherentes con las normas pertinentes de las Directivas de contratación.

Considere si la oferta es «anormalmente baja» porque el licitador está infringiendo normas sociales.

## D. Cumplimiento del contrato

Lo primero que se debe mencionar es que los contratos públicos siempre deben llevarse a cabo de acuerdo con todas las normas obligatorias aplicables, incluidas las reglamentaciones sociales y de salud. Si la entidad adjudicadora también desea que un contratista alcance objetivos sociales adicionales<sup>77</sup>, puede utilizar las cláusulas de cumplimiento del contrato para tal fin.

Las cláusulas de cumplimiento del contrato establecen la forma en que debe ejecutarse el contrato. Pueden incluirse aspectos sociales en dichas cláusulas, siempre que (i) estén vinculados al cumplimiento del contrato, (ii) se publiquen en el anuncio de licitación y (iii) cumplan con la legislación de la UE (incluidos los principios generales del TUE).

### 1. Reglas que rigen las cláusulas de cumplimiento del contrato

Las cláusulas de cumplimiento del contrato son obligaciones que debe aceptar el licitador seleccionado y que se refieren al cumplimiento del contrato. Por lo tanto, en principio es suficiente que los licitadores se comprometan, al presentar sus ofertas, a cumplir con tales condiciones si se les adjudica el contrato. Las ofertas de los licitadores que no han aceptado tales condiciones no cumplirían con los pliegos de condiciones y, por lo tanto, no podrían ser aceptadas<sup>78</sup>. Sin embargo, no es necesario que las condiciones del contrato se cumplan al momento de presentar la licitación.

El hecho de colocar por escrito las normas sociales requeridas en el contrato dejará en claro las expectativas de la autoridad pública. Un enfoque riguroso durante las fases de planificación y licitación permitirá indicar estas intenciones en términos específicos de manera más sen-

cilla, lo que puede influir en el proceso de gestión del rendimiento.

Aunque las cláusulas de cumplimiento del contrato no deben influir para determinar qué licitador obtiene el contrato ni disfrazarse como especificaciones técnicas, criterios de adjudicación o de selección, se permite estipular condiciones adicionales del contrato, que sean independientes de las especificaciones, los criterios de selección o los criterios de adjudicación<sup>79</sup>. Estas condiciones pueden incluir aspectos sociales y medioambientales. Así pues, si la entidad adjudicadora desea que un contratista alcance objetivos sociales que no estén relacionados con las especificaciones, puede establecer condiciones adicionales del contrato. Estas condiciones se relacionan únicamente con el cumplimiento del contrato.

Los licitadores deben demostrar que sus ofertas cumplen con las especificaciones técnicas, pero no se deben exigir pruebas del cumplimiento de las cláusulas del contrato durante el procedimiento de contratación.

Además, las cláusulas de cumplimiento del contrato deben:

- estar vinculadas al cumplimiento del contrato

Esto significa que las cláusulas de cumplimiento del contrato deben estar vinculadas a las tareas necesarias para producir los bienes, prestar los servicios o ejecutar las obras que son objeto de la licitación. Una condición no estaría vinculada al «cumplimiento» del contrato si, por ejemplo:

- exige que el contratista emplee a un porcentaje establecido de trabajadores con discapacidad en otro contrato<sup>80</sup> o limite lo que el contratista puede hacer en otro contrato;
- exige que el contratista participe financieramente en, por ejemplo, la construcción de un centro para personas desfavorecidas;

<sup>77</sup> Por ejemplo, objetivos que se extienden más allá de aquellos estipulados por la legislación obligatoria aplicable y que no se relacionan con las especificaciones técnicas, los criterios de selección ni los criterios de adjudicación.

<sup>78</sup> La sentencia del TJUE del 22 de junio de 1992 en el caso C-243/89 (Storebaelt) determinó que la entidad adjudicadora debe rechazar las ofertas que no se ajustan al pliego de cláusulas administrativas a fin de evitar la violación del principio de igualdad de trato de los licitadores, en el que se basan las Directivas de contratación.

<sup>79</sup> Caso Beentjes, sentencia del TJUE en el caso 31/87.

<sup>80</sup> Sin embargo, el requisito de contratar a una proporción determinada de trabajadores con discapacidad para cumplir el contrato en cuestión (y no otro contrato) se vincularía con el cumplimiento de dicho contrato.

- exige que el contratista, en un contrato de obras, brinde servicios de guardería infantil para los hijos del personal. Dichos servicios no están relacionados con las tareas necesarias para llevar a cabo las obras. Si la entidad adjudicadora desea adquirir tales servicios, también debe someterlos a licitación.

- publicarse en el anuncio de licitación

Aunque se considera que las cláusulas de cumplimiento del contrato no están comprendidas en el procedimiento de adjudicación, aún deben establecerse claramente en el anuncio de licitación. Los licitadores deben conocer todas las obligaciones establecidas en el contrato y ser capaces de reflejarlas en sus precios<sup>81</sup>. El adjudicatario debe respetar los compromisos que asumió de cumplir con las condiciones del contrato.

- cumplir con la legislación de la UE (incluidos los principios fundamentales del TUE)

Por ejemplo, las condiciones del contrato no deben suponer una desventaja desleal para los posibles contratistas de otro estado o, de forma más general, conducir a un trato desigual entre los posibles oferentes. Es igualmente importante, sin embargo, que las condiciones del contrato también cumplan con la legislación de la UE en general, incluidas las leyes sociales de la UE.

Por último, los contratos públicos deben, en todos los casos, llevarse a cabo de acuerdo con todas las normas aplicables, incluidas las normativas sociales, laborales y de salud.

## 2. Ejemplos de aspectos sociales que pueden incluirse en las cláusulas de cumplimiento del contrato

Los considerandos de la Directiva 2004/18/CE (con diferencias menores en la Directiva 2004/17/CE)<sup>82</sup> ofrecen ejemplos de los aspectos sociales que se pueden incluir en las cláusulas de cumplimiento del contrato:

*«En particular, pueden tener por objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, la lucha contra el desempleo... contratar a desempleados de larga duración o de organizar acciones de formación para los desempleados o los jóvenes, de respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>83</sup> ... y de contratar a un número de personas discapacitadas superior ...»*

Las cláusulas de cumplimiento del contrato constituyen, generalmente, la etapa más apropiada del procedimiento para incluir aspectos sociales relacionados con cuestiones de empleo y condiciones laborales de los trabajadores involucrados en la ejecución del contrato<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> Artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE y Artículo 38 de la Directiva 2004/17/CE.

<sup>82</sup> Considerando 33 de la Directiva 2004/18/CE y Considerando 44 de la Directiva 2004/17/CE.

<sup>83</sup> Las Convenciones básicas de la OIT a las que se hace referencia en las Directivas de contratación son las ocho Convenciones centrales de la OIT que han sido ratificadas por todos los Estados miembros (consulte la nota a pie de página 11 para conocer más detalles).

<sup>84</sup> Como se indica en las secciones anteriores, las condiciones laborales de los trabajadores involucrados en el cumplimiento del contrato no constituyen especificaciones técnicas ni criterios de selección dentro del alcance de las Directivas de contratación. Además, dado que tales aspectos sociales son difíciles de vincular al objeto del contrato, en general no sería posible incluirlos en los criterios de adjudicación del contrato (excepto como un «criterio adicional» para hacer una distinción entre dos licitaciones iguales, según lo aceptado mediante la sentencia del TJUE en el caso C-225/98 y lo explicado en la sección «Adjudicación del contrato»).

La Comunicación interpretativa de 2001 de la Comisión destaca que «Las entidades adjudicadoras cuentan con un amplio margen de posibilidades a la hora de elaborar las cláusulas contractuales en materia social» y enumera «algunos ejemplos de condiciones particulares adicionales que podría imponer la entidad adjudicadora al titular del contrato». Estas condiciones son las siguientes:

- «La obligación de dar trabajo a desempleados u organizar actividades de formación para la ejecución del contrato;
- La obligación de aplicar, al realizar la prestación, medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres o la diversidad racial o étnica, o de brindar iguales condiciones de acceso a personas con discapacidad;
- La obligación de respetar, al realizar la prestación, los derechos humanos fundamentales (como la prohibición de trabajo forzado e infantil) garantizados por los convenios fundamentales de la OIT, en el supuesto de que éstos no se hayan incorporado ya al ordenamiento jurídico nacional;
- La obligación de contratar, con vistas a la ejecución del contrato, a un número de personas con discapacidad superior al exigido por la legislación nacional en el Estado miembro de ejecución del contrato o en el del titular del mismo».

Los contratos públicos de obras y servicios, en los que es posible establecer la manera de ejecución del contrato, ofrecen la mejor oportunidad para que una entidad adjudicadora tenga en cuenta los aspectos sociales en las cláusulas de cumplimiento del contrato. Sería más difícil concebir cláusulas contractuales relacionadas con el modo en que se llevan a cabo los contratos de suministro, puesto que la imposición de cláusulas que exigen cambios en la organización, la estructura o la política de una empresa establecida en el territorio de otro Estado miembro podría considerarse discriminatoria o constituir una restricción al comercio injustificada.



#### Otros ejemplos:

**Suecia:** Los contratos de construcción adjudicados por la National Road Administration (Administración Nacional de Carreteras) incluyen una cláusula estándar que obliga a los contratistas a cumplir determinadas convenciones (convenios centrales de la OIT) al ejecutar los contratos en Suecia. La misma cláusula exige que el contratista cumpla con ciertos requisitos de información diseñados para verificar que los bienes y los productos utilizados para llevar a cabo el contrato han sido elaborados en un entorno seguro de acuerdo con las normas de las convenciones mencionadas. Si se determina que estos bienes contradicen esta disposición, se los debe sustituir a expensas del contratista. El contratista debe garantizar que los subcontratistas se atienen a las mismas obligaciones y, se deberá pagar una multa por todo incumplimiento de estas obligaciones sociales.

**Reino Unido:** En 2004, Transport for London (TfL) desarrolló un programa de inversión de cinco años por 10.000 millones £ para financiar proyectos de construcción a gran escala en Londres, incluyendo la ampliación del ferrocarril de la Línea Este de Londres. Se consideró que los principios de igualdad e inclusión eran la parte central del programa y parte integral de los contratos públicos. El valor del Proyecto de la Línea Este de Londres (PLEL) se estimó en 500 millones £ para las obras principales y en 350 millones £ para el material rodante y el mantenimiento de los trenes.

Como estrategia del proyecto, se fijó el objetivo de utilizar las redes de transporte mejoradas para estimular la recuperación económica en las áreas circundantes a la ampliación, que incluían algunas de las zonas más desfavorecidas de Londres. Estas áreas albergan a un gran número de comunidades diversas desde el punto de vista económico y cultural, que enfrentan altos niveles de desempleo y exclusión social. También se debían fomentar relaciones positivas con la comunidad durante la fase de construcción para reducir el impacto de las actividades y generar un entorno positivo para el funcionamiento de la nueva vía férrea. En vista de estas circunstancias, la igualdad y la inclusión se identificaron como dos objetivos sociales clave. Por ello, TfL incorporó una serie de requisitos que debían implementar los oferentes durante la ejecución del proyecto: una política de igualdad para el proyecto, un plan de formación en materia de diversidad para el personal que trabajara en el proyecto y un plan de diversidad de proveedores (a fin de garantizar que diversos proveedores pudieran presentar propuestas ante las oportunidades de subcontratación que surgieran del proyecto). Estos requisitos se incorporaron en el anuncio de licitación y en los pliegos de condiciones.

La incorporación de requisitos sociales en los términos y condiciones del contrato debe sopesarse frente a la posibilidad, en la práctica, de controlar el cumplimiento de dichos requisitos durante la ejecución del contrato, a fin de no añadir requisitos adicionales que no puedan (o no se vayan a) supervisar de manera eficaz. Esto implica la gestión del contrato y el control del cumplimiento.

### 3. Cumplimiento del marco jurídico nacional sobre empleo

Ambas Directivas de contratación<sup>85</sup> dejan en claro que «las leyes, reglamentaciones y convenios colectivos, tanto nacionales como del ámbito de la UE, vigentes en

materia de condiciones de trabajo y seguridad laboral, se aplicarán durante la ejecución de un contrato público, siempre que dichas normas, como su forma de aplicación, cumplan con la legislación de la UE<sup>86</sup>».

Algunos ejemplos del modo en que los Estados miembros han abordado esta cuestión han suscitado controversias internas en los Estados miembros. Un ejemplo es el caso Ruffert<sup>87</sup>.

Cabe señalar que, aunque esta sentencia se dictó en el contexto de un contrato público, no tiene incidencias sobre las posibilidades que ofrecen las Directivas de contratación de tener en cuenta aspectos sociales en las contrataciones públicas. Sólo aclara que las consideraciones sociales (en las contrataciones públicas) sobre

#### Ejemplo:

##### Trabajadores desplazados en la UE: el caso Ruffert

La Ley de Niedersachsen (el *Estado* de Baja Sajonia) sobre la adjudicación de contratos públicos, establecía, entre otros temas, que los contratos de obras públicas sólo pueden adjudicarse a contratistas que se comprometen por escrito a pagar a sus empleados, como mínimo, la remuneración estipulada por el convenio colectivo (regional) aplicable. El contratista también debe comprometerse a imponer la misma obligación a los subcontratistas y a comprobar que la cumplan. El incumplimiento de dicho compromiso desencadenaría el pago de una multa contractual.

La legalidad de estas disposiciones se refutó ante un tribunal regional alemán con relación a la ejecución de un contrato de obras públicas entre la entidad adjudicadora alemana y la empresa Objekt und Bauregie (O&B) para construir la prisión de Göttingen-Rosdorf. La entidad adjudicadora rescindió el contrato y demandó a O&B por el pago de una multa contractual, ya que se descubrió que el subcontratista polaco de O&B pagaba a los trabajadores que tenía contratados en el sitio de construcción en Alemania sólo el 46,57 % del salario mínimo estipulado por el convenio colectivo aplicable.

Poco seguro en cuanto a la legalidad de la disposición que establecía una multa contractual, el tribunal regional alemán remitió el asunto al TJUE para que interprete con carácter prejudicial los aspectos de la legislación de la UE relevantes al caso. El TJUE determinó que el convenio colectivo no había sido declarado como de aplicación universal (aunque Alemania tenía un sistema para declarar que los convenios colectivos fueran de aplicación universal) y que cubría sólo parte del sector de la construcción, ya que la ley aplicable que establece el carácter obligatorio de los convenios colectivos de «Construcciones y obras públicas» se aplicaba solamente a contratos públicos y no a contratos privados. Por lo tanto, el salario mínimo previsto en el convenio colectivo de «Construcciones y obras públicas» no se estableció de acuerdo con uno de los procedimientos que estipula el Artículo 3 de la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores («**Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores**»)\*.

En conclusión, el Tribunal de Justicia falló en su sentencia en el caso Ruffert que las disposiciones en cuestión no eran compatibles con la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores.

\* Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, con fecha 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios.

<sup>85</sup> Considerando 34 de la Directiva 2004/18/CE y Considerando 45 de la Directiva 2004/17/CE.

<sup>86</sup> Un ejemplo de tal cumplimiento con la legislación de la UE es la necesidad de cumplir con los requisitos de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de los trabajadores en contratos públicos internacionales, en los que los trabajadores de un Estado miembro prestan servicios en otro Estado miembro para cumplir con un contrato público.

<sup>87</sup> Sentencia del TJUE en el caso C-346/06 (Dirk Ruffert contra Land Niedersachsen).

trabajadores desplazados también deben cumplir con la legislación de la UE, en particular, con la directiva sobre desplazamiento de trabajadores<sup>88</sup>.

Las Directivas de contratación disponen que las entidades adjudicadoras pueden abordar la cuestión de protección del empleo en el proceso de licitación en dos formas específicas:

En primer lugar, las entidades adjudicadoras pueden indicar en el pliego de condiciones las fuentes en las que los licitadores puedan obtener información sobre las obligaciones relacionadas con la protección del empleo y las condiciones laborales vigentes en el Estado miembro, la región o la localidad donde vayan a realizarse las obras o prestarse los servicios<sup>89</sup>.

En segundo lugar, toda entidad adjudicadora que suministre esta información debe solicitar a los licitadores que manifiesten haber tenido en cuenta, al elaborar sus ofertas, las obligaciones relacionadas con las disposiciones sobre protección del empleo<sup>90</sup> y condiciones de trabajo vigentes en el lugar donde vayan a realizarse las obras o prestarse los servicios<sup>91</sup>. El propósito de esta petición se relaciona con el temor de que los contratistas intenten reducir sus niveles de protección del empleo para poder presentar una oferta más baja.

#### 4. Gestión de la cadena de suministro

Las entidades adjudicadoras también pueden incluir en las cláusulas de cumplimiento del contrato consideraciones sociales para los subcontratistas relacionadas, por ejemplo, con la prohibición de trabajo forzado e infantil, requisitos de salud y seguridad, obligaciones de salario mínimo, requisitos de seguridad social y, de forma más general, normas de trabajo digno. Asimismo, algunas entidades ya han comenzado a incluir cláusulas que exigen a los subcontratistas respetar las prohibiciones sobre trabajo forzado e infantil, en casos en los que la cadena



#### Ejemplo:

**Ciudad de París:** La oficina de indumentaria del Ayuntamiento de París debe suministrar prendas para sus 29 000 empleados. Esta oficina gestiona 300 000 artículos de confección y 300 pedidos por año y ha incorporado aspectos sociales y medioambientales en sus procedimientos de compras. En línea con sus compromisos sociales, el Ayuntamiento de París solicita que sus proveedores firmen una declaración donde se comprometan a respetar ciertos derechos fundamentales en el lugar de trabajo (que incluye una referencia explícita a la edad mínima de los trabajadores), como los definidos por la Organización Internacional del Trabajo, durante la ejecución del contrato. El Ayuntamiento también exige que sus proveedores se sometan a los controles de un organismo independiente designado por ellos y que implementen cualquier recomendación que se realizara como resultado de dichos controles.

de suministro tiene más probabilidades de involucrar producciones o procesos donde se dan estas situaciones.

Esto tiene incidencias específicas para los tratos que se realizan en y con países que están fuera de la UE. Por ejemplo, las autoridades públicas están cada vez más preocupadas por las cuestiones de legalidad y sostenibilidad de la madera, en especial, cuando se importa de otros países que enfrentan dificultades concretas en este ámbito. Asimismo, se reconoce cada vez más que la explotación forestal legal y sostenible incluye no sólo

<sup>88</sup> Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, con fecha 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios.

<sup>89</sup> Artículo 27(1) de la Directiva 2004/18/CE.

<sup>90</sup> Incluyendo que tales disposiciones deben cumplir con todas las legislaciones pertinentes de la UE.

<sup>91</sup> Artículo 27(2) de la Directiva 2004/18/CE.

criterios económicos y medioambientales, sino también criterios sociales (como salarios dignos y condiciones de trabajo, salud y seguridad, así como respeto por la posesión y el uso de los derechos de las comunidades locales y autóctonas).

Cuando tales requisitos también se imponen sobre los subcontratistas, las entidades adjudicadores deben solicitar al contratista principal que presente pruebas del cumplimiento, ya sea mediante referencia a programas de certificación específicos (cuando los hubiere) o a través de cualquier otro medio fiable<sup>92</sup>.

Por ejemplo, en el ámbito de la explotación forestal, se han desarrollado diversos programas de certificación para ofrecer verificaciones independientes de que una fuente de donde se extrae madera cumple una determinada norma de sostenibilidad (incluidos los criterios medioambientales y sociales). No obstante, tales programas no deben considerarse el único medio de prueba de madera sostenible, ya que también deben aceptarse otros medios de prueba equivalentes.

## 5. Gestión de contratos y control del cumplimiento

El sistema de gestión del rendimiento determinará los términos para evaluar el desempeño y tomar medidas. Esto podría significar recompensar a los contratistas por el buen desempeño, abordar los casos de bajo rendimiento o trabajar en conjunto para mejorar las prestaciones. Los indicadores clave del rendimiento traducen los objetivos en metas mensurables y establecen lo que podría constituir un nivel de rendimiento aceptable. Los acuerdos de control deben garantizar que se reúnan los datos de rendimiento correctos y que se analicen de manera eficiente. Las condiciones de pago (que deben especificarse en el contrato) constituyen la base para asegurar que el contratista cumple según las normas exigidas. Pueden representar frenos financieros por rendimientos deficientes e incentivos por superar los objeti-

<sup>92</sup> Las entidades adjudicadores siempre deben permitir que los contratistas presenten medios de prueba alternativos (por ejemplo, certificados emitidos por una autoridad pública o por terceros, informes de auditoría de terceros, copias de los contratos de trabajo, copias de todos los documentos pertinentes, comprobantes de visitas de control, etc.) No obstante, la entidad adjudicadora puede solicitar pruebas adicionales si las pruebas iniciales que presenta el contratista (según las circunstancias del caso) no son suficientes o confiables.

vos base. Es preciso que estas condiciones financieras se hayan publicado en el anuncio de licitación.

El impulso para mejorar el servicio puede derivar de los resultados del indicador clave del rendimiento o de la percepción de que, si bien se están logrando los objetivos, hay margen para mejorarlos. En ambos casos, el contratista y el cliente deben comprender qué está creando los niveles de rendimiento actuales y llegar a un acuerdo sobre cómo mejorar los resultados. Las inobservancias continuas del contratista llevarán a invocar el incumplimiento de las condiciones del contrato, aunque cualquier acción que se tome debe ser razonable. De igual modo, el análisis podría conducir a variaciones contractuales, rediseño del servicio o innovación.

### Ejemplo:

**Reino Unido:** Para mejorar los servicios de catering hospitalarios de la Autoridad Sanitaria de Irlanda del Norte, el proveedor contratado lleva a cabo una encuesta anual de satisfacción del paciente y analiza los datos por edad, origen étnico y sexo. La Autoridad también ha iniciado una evaluación del servicio de comidas a raíz de informaciones de prensa sobre malnutrición en pabellones geriátricos. El conjunto de pruebas impulsó variaciones contractuales que suponen ayudar a alimentar a los pacientes para mejorar el servicio en los pabellones geriátricos.

La gestión de contratos debe apuntarse con una «cultura de asociación». Los clientes y los contratistas sólo pueden manejar los riesgos y alcanzar los mejores resul-

### Ejemplo:

**Francia:** Las instituciones públicas responsables de las cuestiones de inclusión social han desempeñado un papel decisivo en la implementación de cláusulas sociales en los contratos públicos, por ejemplo, al designar mediadores que ayudan a los oferentes seleccionados a administrar la dotación de personal involucrada en una vía de inserción, y también pueden desempeñarse como certificadores del cumplimiento social. Por ejemplo, la *Agglomération de Rouen* utilizó dinero del Fondo Social Europeo para cofinanciar la contratación de un director de proyecto que se ocupe de implementar las cláusulas de inserción social en los diferentes contratos públicos celebrados. La Municipalidad de Arles eligió contratar a un asesor jurídico especializado para elaborar y administrar los documentos de contrataciones que incluyen cláusulas sociales.

tados con la ayuda de un trabajo en equipo imaginativo y comprometido. En general, los mejores contratistas responden bien en tales relaciones, asumiendo volunta-

riamente compromisos adicionales, como: programas de aptitudes básicas, innovación medioambiental o apoyo de pequeñas empresas en la cadena de suministro.

#### **Condiciones del contrato, gestión del contrato y control del contrato: EN POCAS PALABRAS**

Las cláusulas de cumplimiento del contrato constituyen, generalmente, la etapa más apropiada del procedimiento para incluir aspectos sociales relacionados con cuestiones de empleo y condiciones laborales de los trabajadores involucrados en la ejecución del contrato.

Asegúrese de que las cláusulas de cumplimiento del contrato:

- estén vinculadas al cumplimiento del contrato;
- sean coherentes con el hecho de obtener la oferta económicamente más ventajosa;
- estén incluidas en los pliegos de condiciones, y
- sean compatibles con la legislación de la UE (incluidos los principios fundamentales del TUE).

Asegúrese de que el cumplimiento de las condiciones del contrato pueda controlarse de manera efectiva.

Trabaje en asociación con el proveedor para administrar el rendimiento y maximizar el logro de los objetivos y el cumplimiento de las condiciones del contrato.

Conserve registros apropiados sobre el rendimiento de proveedores, contratistas y prestadores de servicio.

Utilice cláusulas de variantes para prever los cambios que podrían necesitarse con el tiempo, siempre que sean compatibles con las disposiciones de las Directivas de contratación y el principio de transparencia.

Trabaje con los proveedores para buscar mejoras continuas, de manera voluntaria y, en general, manténgase actualizado sobre los desarrollos del mercado. En particular, trabaje con los proveedores para facilitar el cumplimiento de los principios de trabajo digno y responsabilidad social de las empresas en toda la cadena de suministro.



## Adquisiciones sociales — Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas

Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2009

2011 — 49 pp. — 21 × 29,7 cm

ISBN 978-92-79-18390-4

doi: 10.2767/17682

La contratación pública representa en torno al 17 % del producto interior bruto de la UE. Su potencial para multiplicar los resultados en cualquier ámbito, como el de la política social, es, pues, considerable. En su «Guía para tener en cuenta consideraciones sociales en la contratación pública», la Comisión Europea se propone explotar este potencial de dos maneras: a) sensibilizando a las entidades adjudicadoras sobre las ventajas de optar por bienes y servicios que sean beneficiosos para la sociedad, y b) explicando las oportunidades ofrecidas por el marco jurídico de la UE para tener en cuenta las consideraciones sociales en la contratación pública. La Guía define el concepto de contratación pública socialmente responsable (CPSR) antes de pasar a explicar sus beneficios. Analiza la CPSR poniéndola en relación con el modelo social de la UE y el enfoque jurídico y político existente en la Unión a este respecto. La Guía elabora igualmente una estrategia en materia de CPSR y especifica cómo identificar las necesidades y planificar los procedimientos de contratación. También explica cómo abordar, desde una perspectiva jurídica, las consideraciones sociales en las diferentes etapas del proceso de contratación (desde la definición de las especificaciones técnicas y la selección de criterios, hasta la adjudicación de contratos y el seguimiento ulterior de los resultados). La Guía aporta ejemplos nacionales que ilustran diferentes etapas del proceso.

La presente publicación está disponible en formato electrónico en las lenguas oficiales de la Unión Europea.



## **Cómo obtener las publicaciones de la unión europea**

### **Publicaciones gratuitas**

- A través de EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>).
- En las representaciones o delegaciones de la Unión Europea. Para ponerse en contacto con ellas, consulte el sitio <http://ec.europa.eu> o envíe un fax al número +352 2929-42758.

### **Publicaciones de pago**

- A través de EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>).

### **Suscripciones de pago (por ejemplo, a las series anuales del *Diario Oficial de la Unión Europea* o a las recopilaciones de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea)**

- A través de los distribuidores comerciales de la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea ([http://publications.europa.eu/others/agents/index\\_es.htm](http://publications.europa.eu/others/agents/index_es.htm)).

¿Le interesan las **publicaciones** de la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades?

En caso afirmativo, puede descargarlas u obtener una suscripción gratuita en  
**<http://ec.europa.eu/social/publications>**

También deseamos invitarle a registrarse para recibir gratuitamente el *boletín electrónico de la Europa social* en <http://ec.europa.eu/social/e-newsletter>  
**<http://ec.europa.eu/social/e-newsletter>**

**<http://ec.europa.eu/social>**



**[www.facebook.com/socialeurope](http://www.facebook.com/socialeurope)**

