

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA INCLUSIVA Y CIRCULAR EN TIEMPOS DE CRISIS: UNA PERSPECTIVA PORTUGUESA¹

Inclusive and circular public procurement in times of crisis: a Portuguese perspective

POR: DRA. ISABEL CELESTE M. FONSECA

Profesora Asociada

Escuela de Derecho de la Universidad de Miño

isabel.uminho@gmail.com

POR: D. JOÃO AMADEU ARAÚJO DA SILVA

Doctorando en Derecho Público (Becario de la Fundación para la Ciencia y la Tecnología)

Escuela de Derecho de la Universidad de Miño

joaoamadeuaraujosilva@gmail.com

RESUMEN: El marco legal portugués en materia de contratación pública permite a las entidades adjudicadoras seguir criterios de carácter colaborativo y circular, con una inevitable apelación a mecanismos conducentes a economías de escala y a lo que se preconiza como una gestión comunitaria de los más integrada y sostenible en la sociedad del riesgo. No obstante, conviene tener cautela, ya que, por un lado, algunas manifestaciones normativas relacionadas con la economía colaborativa y circular no están exentas de riesgos desde el punto de vista de la igualdad competitiva.

PALABRAS CLAVE: Economía colaborativa; circularidad económica; eficiencia; sostenibilidad.

ABSTRACT: The Portuguese legal framework of public procurement enables contracting authorities to pursue collaborative and circular criteria, which appeal to mechanisms leading to economies of scale within more integrated and sustainable community management of resources. Nevertheless, caution is mandatory, since not all approaches in this regard are risk-free and, therefore, may impact negatively on competition and efficiency values, as opposed to their expected intent.

KEYWORDS: Collaborative economy; economic circularity; efficiency; sustainability.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MODUS OPERANDI. 1. ECONOMIA CIRCULAR, INNOVACIÓN Y RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL. 2. INCLUSIÓN SOCIAL DE LOS

¹ * Recibido para publicación: 2 de mayo de 2022

Enviado para evaluación externa: 3 de mayo de 2022

Recibida evaluación externa positiva: 25 de mayo de 2022

Aceptado para publicación: 27 de mayo de 2022

GRUPOS DESFAVORECIDOS. 3. DINAMIZACIÓN DEL TEJIDO EMPRESARIAL LOCAL Y REGIONAL. III. CONCLUSIÓN. IV. BIBLIOGRAFIA

I.- INTRODUCCIÓN

La recesión económica provocada por la crisis pandémica plantea enormes desafíos. Más que nunca, es hora de fortalecer el papel de la contratación pública para responder a los obstáculos anticipados, pero se sabe que este objetivo estratégico no se puede lograr a cualquier costo. Hay varios valores a considerar.

Ahora bien, es cierto que este tema no es nuevo. Particularmente en las últimas dos décadas, las cuestiones de sostenibilidad han adquirido un papel decisivo en el ámbito de las prioridades jurídico-políticas. Este fenómeno es muy visible en materia de contratos públicos. De hecho, las políticas horizontales, *verbi gratia* las sociales y medioambientales, son de gran relevancia tanto en el marco europeo como en el portugués.²

Sin embargo, es fundamental no olvidar que las libertades económicas y la igualdad competitiva no pueden verse comprometidas. En realidad, la adopción de esas políticas horizontales se rige por límites que deben interpretarse estrictamente. Por consiguiente, el quid de la cuestión es encontrar un equilibrio entre los diferentes intereses que subyacen a la contratación pública. Solo así es posible alcanzar un modelo de compra más sostenible e integrador, *id est*, un modelo capaz de generar bienestar económico, social y ambiental.³

Cabe señalar que la dignidad axiológico-normativa correspondiente a la sostenibilidad está, *ante omnia*, arraigada en el artículo 11 del Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea, por lo que no se limita a las referencias contenidas en las directivas de 2014, ni a los instrumentos de *soft law*.⁴ En el ordenamiento jurídico portugués, todo es aún más claro: la sostenibilidad figura expresamente entre los principios generales recogidos en el artículo 1-A del Código de Contratos Públicos.

Así, el fomento de la competencia y la buena gestión de los fondos públicos coexisten con muchos otros fines de interés público cuya naturaleza no es forzosamente económica o financiera. Tal distinción tampoco es siempre lineal o absoluta: basta tener en cuenta, por ejemplo, que el fomento de la innovación y la eficiencia energética, a través de la

² Entre otros, *vd.* MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos: Por uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, 2012, pp. 415ss.; NUNO CUNHA RODRIGUES, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Almedina, 2013.

³ Comunicación de la Comisión *EUROPA 2020 – Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, Bruselas, 3.3.2010, COM(2010) 2020 final.

⁴ *Vd.* RAQUEL CARVALHO, “Da contratação pública sustentável à contratação pública circular: o objeto da procura e o modelo de gestão”, in Miguel Assis Raimundo (Org.), *Concorrência e Sustentabilidade: Dois Desafios para a Contratação Pública*, AAFDL Editora, 2021, p. 84.

actividad contractual, podría generar ahorros a largo plazo.⁵ A menudo hay beneficios significativos desde varias perspectivas, aunque no de forma inmediata.

La percepción de *complementariedad* es precisamente la que conviene privilegiar: los diferentes objetivos deben proseguirse en una lógica articulada, en lugar de insistir en un antagonismo irremediable. Esta es la *ratio legis* del principio de sostenibilidad y no cabe duda de que también es el enfoque ideal para afrontar las adversidades económicas y sociales que se han agravado con la pandemia. Hay retos y oportunidades por delante. Los recursos son cada vez más escasos y es necesario gestionarlos de la mejor forma posible. La demanda de una economía más sostenible y circular es una tarea urgente y se entiende que los contratos públicos no solo pueden, sino que deben movilizarse para este fin.⁶

Aunque deseable, la armonía que se propugna es ardua. Si, por un lado, es posible que la eficiencia y las políticas horizontales puedan complementarse, por otro, las mayores dificultades residen en la articulación con los dictados de la competencia. Los diferentes valores chocan con alguna facilidad y las soluciones contenidas en la ley portuguesa ni siempre ofrecen el mejor equilibrio en este ámbito; existen virtudes, pero también algunos riesgos de que los esfuerzos de recuperación fracasen en la consistencia que de otro modo se requeriría. Es necesario evitar que esto suceda y incrementar al máximo el potencial de la contratación pública en el sentido adecuado.

II.- MODUS OPERANDI

1. ECONOMÍA CIRCULAR, INNOVACIÓN Y RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL

La transición hacia una economía circular es un imperativo europeo y nacional. Las entidades adjudicadoras deben utilizar su poder adquisitivo con creciente ambición. Por lo tanto, un paradigma de desperdicio ya no es tolerable; hay que optimizar los recursos que son cada vez más escasos en la comunidad. Este propósito requiere la internalización de las preocupaciones ambientales en las compras públicas, en un contexto estimulante de fórmulas innovadoras y favorable a los procesos de reutilización.⁷

⁵ *Vd.* NUNO CUNHA RODRIGUES, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, cit., p. 203.

⁶ *Vd.* MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos: Por uma Contratação Pública Sustentável*, cit., pp. 415ss.; CARLA AMADO GOMES/MARCO CALDEIRA, “Contratação pública “verde”: uma evolução (eco)lógica”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (Org.), *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Vol. II, 4ª edição, AAFDL Editora, 2021, pp. 209ss.; NUNO CUNHA RODRIGUES, “A utilização de critérios sociais no Código dos Contratos Públicos”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (Org.), *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, cit., pp. 275ss.; ISABEL CELESTE FONSECA/JOÃO AMADEU ARAÚJO DA SILVA, “A integração social através da contratação pública: propostas”, in Isabel Celeste Fonseca, *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*, Almedina, 2020, pp.75ss.

⁷ Según la Comisión Europea, “*la contratación pública es un enfoque de la contratación pública ecológica que reconoce el papel que los poderes públicos pueden desempeñar a la hora de apoyar la transición hacia una economía circular. La contratación circular puede definirse como el proceso mediante el cual los poderes públicos adquieren obras, bienes o servicios que contribuyen a cerrar los ciclos de los materiales*”

En efecto, la responsabilidad ambiental y la innovación tienden a combinarse entre sí a favor de la circularidad. En este sentido, cabe destacar, *ante omnia*, dos herramientas: las consultas preliminares del mercado (artículo 35-A del Código de Contratos Públicos) y las asociaciones para la innovación (artículo 218-A).

Pues bien, la intención de adquirir bienes o servicios ambientalmente más sostenibles puede justificar el recurso a dichos instrumentos. Antes de iniciar un procedimiento de contratación, en ocasiones es vital solicitar el asesoramiento de expertos o participantes en el mercado. En tales casos, la decisión de contratar podrá ser mejor fundamentada, ya que la definición del objeto del contrato se basará en una mayor sintonía entre la oferta y la demanda: se darán a conocer las necesidades públicas que los poderes adjudicadores pretenden satisfacer y, al mismo tiempo, las soluciones ecológicas que los operadores económicos pueden proporcionar. Nada se opone, sin embargo, a que estas consultas preliminares tengan un alcance más amplio e incluso contribuyan a definir la estrategia de adquisiciones con referencia a todo un sector de actividad. Esta puede ser una forma muy eficiente de generalizar la implementación de criterios ambientales en las compras públicas.⁸

Asimismo, este instrumento legal puede constituir un elemento dinamizador, *v.g.*, del tejido empresarial local y de las pequeñas y medianas empresas, ante los crecientes requisitos de adecuación de los bienes y servicios ofrecidos a los objetivos de política ambiental (función “reguladora” de los compradores públicos). En este campo, sobresale la importancia de los municipios como agentes privilegiados para la adopción de políticas circulares y horizontales.⁹

Por otro lado, en lo que respecta a la elección del procedimiento precontractual, el carácter ambientalmente innovador de los bienes, obras o servicios pretendidos (*i.e.*, inexistentes en el mercado) tiene el potencial de sostener la creación de una asociación para la innovación (un procedimiento todavía muy infrutilizado en Portugal). En realidad, es importante destacar lo siguiente: el conocimiento de la inexistencia de las soluciones deseadas a menudo solo es viable después de que se haya llevado a cabo una consulta preliminar del mercado. Con frecuencia, hay aquí una relación complementaria.¹⁰

y la energía dentro de las cadenas de suministro, a la vez que minimizan y, en el mejor de los casos, evitan los efectos negativos para el medio ambiente y la generación de residuos a lo largo de su ciclo de vida”. *Vd. COMISIÓN EUROPEA – Contratación Pública para una Economía Circular: Orientación y buenas prácticas*, 2018, pp. 4-5.

⁸⁸ *Vd. RAQUEL CARVALHO, “Consultas preliminares ao mercado”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (Org.), Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos, cit., pp. 651-652.*

⁹ *Vd. ISABEL CELESTE FONSECA, “A Proposta de Lei n.º 41/XIV: Notas sobre uma (desconcertante) reforma do direito da contratação pública” in Isabel Celeste Fonseca, Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos, cit., p. 289.*

¹⁰ *Sobre el tema, vd. RAQUEL CARVALHO, “Consultas preliminares ao mercado” in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira Org.), Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos, cit., p. 652.*

Las herramientas antes mencionadas pueden servir la circularidad económica, pero existen riesgos de prácticas discriminatorias y anticompetitivas. Ahora bien, en conformidad con los artículos 35-A y 218-A, tanto las consultas preliminares del mercado como las asociaciones para la innovación no pueden restringir, falsear o limitar la competencia. Así, debe entenderse, por ejemplo, que los operadores económicos consultados no pueden influir directamente en la elaboración del pliego de condiciones. Del mismo modo, en las asociaciones para la innovación, es esencial dejar claro que las negociaciones deben regirse por la transparencia y la igualdad de trato entre los licitadores. No obstante, y por desgracia, la ley portuguesa no es particularmente detallada en cuanto a las medidas necesarias para combatir estos peligros para la competencia.¹¹ A esto se suma un problema de carácter estructural: el bajo nivel de profesionalización de los recursos humanos en la administración pública, lo que dificulta enormemente el éxito de estos enfoques y, en consecuencia, el futuro de la contratación pública circular.

Cabe señalar que dicha profesionalización es fundamental para la mejor elaboración posible del pliego de la contratación, que es justamente la sede adecuada para definir de la manera más evidente la compra ecológica (y quizás innovadora) que se pretende. En efecto, después de elegir el procedimiento (posiblemente precedido del desarrollo de una consulta preliminar del mercado), aún queda mucho por hacer para incrementar los criterios ambientales.

Esto es, sobre todo, viable en los siguientes “momentos clave”: las especificaciones técnicas (artículo 49) – los poderes adjudicadores pueden solicitar que las obras, bienes o servicios contratados presenten ciertas características funcionales en materia de preservación ambiental, pudiendo o no exigir que estos requisitos se prueben mediante una etiqueta; el análisis de las ofertas (artículo 70) – las entidades adjudicadoras pueden excluir las ofertas presentadas por operadores económicos que hayan cometido infracciones medioambientales, así como también las ofertas que pongan de manifiesto el incumplimiento de obligaciones de esta naturaleza; la posible autorización de variantes (artículo 59) – la admisión de variantes, además de la “oferta base”, puede reflejar más específicamente la atención a estas cuestiones; la evaluación de las ofertas (artículos 74 y 75) – el criterio de adjudicación puede incorporar factores ambientales y circulares; y, por fin, las condiciones de ejecución contractual (apartado 6 del artículo 42) – adicionalmente a las especificaciones técnicas, los poderes adjudicadores pueden definir otras condiciones de ejecución del contrato con miras a un mejor desempeño ambiental, como el uso de papel reciclado, la recuperación o reutilización del material de embalaje, o incluso la entrega de la mercancía en contenedores reutilizables.¹²

Por supuesto, también aquí son imperativas determinadas precauciones. La implementación incondicional de estos criterios corre el riesgo de violar flagrantemente

¹¹ *Vd. ISABEL CELESTE FONSECA/JOÃO AMADEU ARAÚJO DA SILVA, “As Regras (e os Princípios) da Contratação Pública em Finais de 2020”, in Isabel Celeste Fonseca, *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*, cit., p. 252.*

¹² *Vd. CARLA AMADO GOMES/MARCO CALDEIRA, “Contratação pública “verde”: uma evolução (eco)lógica”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (Org.), *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, cit., pp. 220-221.*

la igualdad competitiva y la imparcialidad requeridas en la actividad contractual. A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido vital para dilucidar los límites que deben observarse,¹³ en particular en lo que concierne al ámbito del criterio de adjudicación: (i) la vinculación al objeto del contrato; (ii) la prohibición de una libertad incondicional de elección, (iii) la mención expresa en los pliegos de la contratación y (iv) el respeto por todos los principios fundamentales del Derecho europeo, en particular, el principio de no discriminación.

La jurisprudencia administrativa portuguesa ha igualmente destacado estos corolarios. De hecho, en especial con referencia a las especificaciones técnicas, se ha señalado que los aspectos medioambientales no tienen “carta blanca” en las compras públicas. Los poderes adjudicadores no son libres para implementar estos valores en términos arbitrarios o sin tener en cuenta la apertura a la competencia, la transparencia y la imparcialidad administrativa. En particular, es imprescindible evitar situaciones de limitación artificial de la competencia, como las que se producen cuando se imponen requisitos que favorecen a determinados operadores económicos (*i.e.* que reflejan las principales características de su actividad -“*tailor-made*”).¹⁴

Así, dentro de los límites mencionados, los compradores públicos portugueses disponen de algunas oportunidades para adoptar políticas ambientalmente sostenibles. Es muy probable que dichas oportunidades sean sobre todo notorias en la esfera de las especificaciones técnicas, lo que se justifica incluso por la propia naturaleza de las exigencias ambientales (cuya sustancia es materialmente más inmediata y aprehensible que la de otras políticas horizontales). Una cosa es segura: desde el punto de vista jurídico, la definición del objeto del contrato (mediante la fijación de las especificaciones técnicas) logra establecer *ab initio* las consideraciones, *in casu* ambientales, que marcarán todo el procedimiento de contratación y el contrato que luego se firmará y ejecutará. Un enfoque de este tipo puede resultar muy eficaz.¹⁵

También se ha dicho que la evaluación de las ofertas permite considerar factores de esta índole. Esto es realmente cierto y se puede verificar directamente (a través de factores relativos a la preservación ambiental, a la circularidad, a la innovación ecológica y a la sostenibilidad). Sin embargo, existe el temor de que, en la práctica, dichos factores se inmiscuyan fácilmente en el ámbito de las políticas empresariales, lo que distorsiona la competencia y no está permitido. Una vez más, es importante recalcar que la vinculación al objeto del contrato es un requisito estructurante y, por tanto, debe ser respetado por las entidades adjudicadoras.

Por otro lado, las consideraciones ecológicas pueden incluso penetrar en los aspectos no cualitativos de la evaluación de las ofertas (factores monetarios). Así ocurre cuando el coste de los bienes, obras o servicios a adquirir se calcula con base en el ciclo de vida, lo

¹³ SSTJ de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland* (C-513/99); de 4 de diciembre de 2003, *EVN and Wiestrom* (C-448/01); y de 10 de mayo de 2012, *Max Havelaar/Dutch Coffee* (C-368/10).

¹⁴ Así, muy en particular, STCAN de 18 de marzo de 2016 (Proceso N. 03536/14.2BEPRT).

¹⁵ Cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos: Por uma Contratação Pública Sustentável*, *cit.*, p. 431.

que permite incluir los costes imputados a externalidades medioambientales (por supuesto, solo aquellas relacionadas con el objeto contractual) como la contaminación del aire o de los ríos.

Sin embargo, existen dificultades. Ante la ausencia generalizada de métodos comunes a escala de la Unión para el cálculo de los costes del ciclo de vida, se ha desarrollado un *modus operandi* desorientado en este dominio. Los compradores públicos no saben cómo contabilizar dichos costes y el marco normativo portugués no proporciona propiamente una buena base para la comprensión de la temática. En esta coyuntura de dispersión y desconocimiento técnico, se acentúan incluso los riesgos de definición de métodos discriminatorios o poco transparentes.

Por consiguiente, el éxito de dicho enfoque es dudoso. En verdad, conviene tener en cuenta que existen también limitaciones *a priori*, cuya solución desde un punto de vista normativo ni siquiera es realista. Hay respuestas que no son evidentes, ya que no es tarea fácil delimitar las repercusiones ambientales en juego, como tampoco es fácil conocer los términos de la relación entre la fuente y el daño causado o el valor específico de tal daño.¹⁶ Pero esto no invalida de manera alguna la posibilidad de que los aspectos circulares sean muy pertinentes en la evaluación de las ofertas. Dentro de los límites impuestos por la ley, existe un espacio estratégico en el criterio de adjudicación para tal fin. De hecho, puede tener pleno sentido instar a los licitadores a competir entre sí sobre la base de dichos atributos. Por ejemplo, en un contrato de servicio público de transporte, un factor referente a los niveles de emisión de gases de efecto invernadero puede *prima facie* ser muy adecuado para determinar la oferta más ventajosa económicamente (como se discutió en la sentencia *Concordia Bus* antes citada). La integración o no de factores de esta índole es una opción discrecional de las entidades adjudicadoras, que debe ejercerse objetiva y proporcionalmente caso por caso (así como, por supuesto, según la mejor persecución del interés público). De cualquier manera, esta parece ser una ruta mucho menos problemática que la internalización de las externalidades ambientales en el cálculo del coste del ciclo de vida y, en consecuencia, un enfoque más eficaz para satisfacer las preocupaciones ecológicas en las compras públicas.

Por último, hay que dar una nota desafortunada. A pesar de la importancia de la contratación pública ambientalmente sostenible y de la existencia de varias herramientas legales para implementarla (algunas mejores que otras, es cierto), según una auditoría reciente del Tribunal de Cuentas, el desarrollo de estos objetivos es aún incipiente en Portugal.¹⁷

¹⁶ Cf. CARLA AMADO GOMES/MARCO CALDEIRA, “Contratação pública “verde”: uma evolução (eco)lógica”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (Org.), *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, cit., pp. 243-244.

¹⁷ Informe N. 7/2020 de abril de 2020. A este respecto, vd. RAQUEL CARVALHO, “Da contratação pública sustentável à contratação pública circular: o objeto da procura e o modelo de gestão”, in Miguel Assis Raimundo (Org.), *Concorrência e Sustentabilidade: Dois Desafios para a Contratação Pública*, cit., p. 92

Estos elementos resaltan una vez más la necesidad imperiosa de invertir en la capacitación de los compradores públicos. El futuro de la circularidad adquisitiva también depende mucho de tal paso.¹⁸ Al fin y al cabo, siempre merece la pena recordar que este no es un asunto de menor importancia: la compra y contratación pública “verde” es igualmente una forma de que la Administración Pública persiga sus atribuciones en materia medioambiental (consagradas en la letra e) del artículo 9 y en el artículo 66 de la Constitución de la República Portuguesa).¹⁹

2. INCLUSIÓN SOCIAL DE LOS GRUPOS DESFAVORECIDOS

A diferencia de otros Estados – *verbi gratia*, Estados Unidos da América, Reino Unido, África del Sul, Francia, Italia o España - Portugal no tiene un historial significativo en materia de instrumentalización de los contratos públicos para políticas sociales.²⁰ Aun así, impulsado por las exigencias del Derecho de la Unión Europea, el ordenamiento jurídico portugués se ha “reinventado” rápidamente en esta esfera.

Los datos sobre el riesgo de pobreza o exclusión social en Portugal y en la Unión Europea son alarmantes – una de cada cinco personas está en situación de vulnerabilidad²¹ - y sin duda se agravarán con los efectos económicos de la crisis pandémica. En un escenario como esté, es sumamente pertinente reflexionar sobre el papel *social* de la contratación pública. De hecho, el aprovechamiento de las potencialidades de tal instrumento jurídico para la persecución de fines públicos relativos a la lucha contra las desigualdades contribuye a materializar uno de los tres pilares del modelo de sostenibilidad preconizado.²²

Además, interesa señalar que un enfoque de esta naturaleza puede resultar necesario y justificado para hacer valer, *ante omnia*, los preceptos constitucionales (la letra d) del artículo 9, y los artículos 53 a 59, 66 y 71 de la Ley Fundamental)²³ y europeos (*ante*

¹⁸ *Vd.* Sobre esta cuestión, *vd.* ISABEL CELESTE FONSECA, “A Proposta de Lei n.º 41/XIV: Notas sobre uma (desconcertante) reforma do direito da contratação pública” in Isabel Celeste Fonseca, *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*, *cit.*, pp. 291ss.

¹⁹ *Cf.* CARLA AMADO GOMES/MARCO CALDEIRA, “Contratação pública “verde”: uma evolução (eco)lógica”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (Org.), *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, *cit.*, p. 248.

²⁰ En sentido próximo, *vd.* NUNO CUNHA RODRIGUES, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, *cit.*, p. 547. Sobre las experiencias históricamente más relevantes, *vd.* CRISTOPHER MCCRUDDEN, *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement & Legal Change*, Oxford University Press, 2007.

²¹ *Vd.* COMISIÓN EUROPEA, Eurostat – *At risk of poverty or social exclusion in the EU, 2020*, de 17 de octubre de 2021.

²² *Vd.* ISABEL CELESTE FONSECA/JOÃO AMADEU ARAÚJO DA SILVA, “A integração social através da contratação pública: propostas”, in Isabel Celeste Fonseca, *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*, *cit.*, p. 76.

²³ *Vd.* PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, AAFDL Editora, 2020, p. 684.

omnia, los artículos 8, 9 y 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁴) en materia de igualdad social. Más concretamente, en el campo de acción que aquí se puede pensar, cabe poner de relieve objetivos como la inclusión social de ciudadanos discapacitados, la lucha contra la discriminación racial, el fomento de la igualdad de género, la promoción del trabajo digno, la tolerancia religiosa, así como la integración sociolaboral de otras personas marginadas.

Sin embargo, es importante decir que este no es un camino libre de obstáculos. En rigor, la adopción de dichas políticas a través de la contratación pública es vista tradicionalmente con escepticismo por algunos sectores de la doctrina.²⁵ Las objeciones son incluso más intensas que las planteadas al acogimiento de criterios ambientales. Efectivamente, las consideraciones de índole social son más propensas que las ecológicas a distorsionar la competencia, ya que su vinculación al objeto del contrato tiende a ser, en la práctica, mucho más intrincada; el riesgo de injerencia indebida en la esfera de las prácticas empresariales se deja sentir con una mayor visibilidad. Por consiguiente, no se niega que los enfoques discriminatorios pueden ocurrir a menudo y, en consecuencia, distorsionar la propia sustancia de la lógica competitiva. Un ejemplo flagrante de este peligro reside en el criterio de adjudicación, clásicamente entendido como uno de los momentos clave para el fomento de la “contratación pública social”: es imprescindible asegurar que los licitadores compitan entre sí sobre la base exclusiva de los atributos de las respectivas ofertas (y no según las características específicas de los mismos) o, en palabras del Tribunal Supremo Administrativo de Portugal, se pretende «evitar que a avaliação da proposta seja desvirtuada pela qualidade pessoal do concorrente».²⁶ Así, es fácil entender que el criterio de la oferta más ventajosa económicamente, previsto en los artículos 74 y 75 del Código de los Contratos Públicos, nunca admitiría, v.g., la adopción de un factor relativo a la disponibilidad de un plan *general* para la igualdad (no limitado a la ejecución del contrato).

Obviamente, esto no significa que los factores sociales no puedan considerarse bajo la égida del criterio de adjudicación. En verdad, el artículo 75 confiere a las entidades adjudicadoras numerosas oportunidades en ese sentido. Siempre que se respeten los requisitos ya mencionados en cuanto a los factores ambientales, hay espacio para fines como, *inter alia*, la inclusión, la sostenibilidad social del modo de ejecución del contrato, el fomento del empleo cualificado o la promoción del cumplimiento de la legislación laboral. Este es, en gran medida, el corolario de la labor iniciada hace 20 años por el Tribunal de Justicia, gracias al cual se ha podido avanzar legislativamente a este respecto (primero en las directivas y, posteriormente, en el ordenamiento jurídico nacional, mediante la transposición de dichos instrumentos de derecho derivado).

²⁴ En lo que respecta al artículo 9 del TFUE, *vd.* NUNO CUNHA RODRIGUES, “A utilização de critérios sociais no Código dos Contratos Públicos”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (Org.), *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, cit., p. 258.

²⁵ De forma particularmente visible, *verbi gratia*, SUE ARROWSMITH, “The EC procurement directives, national procurement policies and better Governance: the case of a new approach”, in *European Law Review*, Vol. 27, N.1, febrero de 2002, p. 13.

²⁶ STSA de 22 de abril de 2015 (Proceso N. 0835/13).

Así, por ejemplo, se puede admitir perfectamente como factor integrante del criterio de adjudicación un aspecto concerniente a la lucha contra el desempleo (en conformidad con las conclusiones de la Sentencia *Nord Pas de Calais*²⁷), sujeto a todos los requisitos ya referidos (debidamente aclarados a partir de la Sentencia *Concordia Bus*). Por supuesto, junto con las demás exigencias, el reclutamiento de los desempleados es un efecto cuya consideración debe limitarse al ámbito de dicho contrato específico que se espera firmar y ejecutar, a la luz de la vinculación al objeto contractual. Este es un ejemplo clásico, pero hay muchos otros que se pueden ofrecer en un sentido menos convencional. De hecho, entre un conjunto de buenas prácticas identificadas recientemente por la Comisión Europea, cabe destacar una que tuvo lugar en el País Vasco: en un concurso para la instalación de fuentes conectadas a la red pública de abastecimiento, se valoraron las ofertas que proponían máquinas de agua fáciles de usar para las personas con dificultades visuales o con movilidad reducida en sus manos o brazos.²⁸

Los adquirentes públicos portugueses aún tienen un *modus operandi* fuertemente simplista y tradicional. Con todo, es imperativo aprender de los buenos ejemplos y quizás reproducirlos.²⁹ En rigor, ya no se puede argumentar más que el legislador nacional privilegia en este dominio los factores económicos o cuantitativos en detrimento de los cualitativos. Tal tesis perdió fuerza ante la más reciente revisión del Código de Contratos Públicos.³⁰

De hecho, en conformidad con el apartado 1 del artículo 74, la adjudicación se realiza según el criterio de la oferta más ventajosa económicamente, determinada por una de las siguientes modalidades: la *compuesta* (bajo la cual se incluyen varios factores o subfactores referentes a aspectos de la ejecución del contrato) – letra a), o la *simple* (que reside en un único factor, que puede ser el precio o no) – letra b). En esta coyuntura, el precio (o costo) puede incluso ser fijo y, por lo tanto, no estar sometido a la competencia. Efectivamente, en tales casos, solo se tienen en cuenta factor(es) de naturaleza cualitativa: lo que quieren las entidades adjudicadoras es que los licitadores les digan como utilizarán *mejor* dicho importe fijo. Incluso es posible que, en la modalidad simple, la evaluación de las ofertas se base exclusivamente en un aspecto cualitativo (*verbi gratia*, de índole social o ambiental). En resumen, esta no es más que una opción relegada a la discrecionalidad administrativa; la ley no estableció, *a priori*, ninguna preferencia.³¹ No obstante, cabe recordar una cuestión esencial: junto con las demás exigencias impuestas, dicha opción

²⁷ *Vd.* STJUE de 26 de septiembre de 2000 (C-225/98).

²⁸ *Cf.* COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión Europea «*Adquisiciones sociales: un guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas (2ª edición)*», Bruselas, 26.5.2021, C(2021) 3573 final.

²⁹ En este sentido, *vd.* NUNO CUNHA RODRIGUES, “A utilização de critérios sociais no Código dos Contratos Públicos”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (Org.), *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, cit., p. 270.

³⁰ Alteración promovida por la Ley 30/2021, de 20 de junio.

³¹ *Vd.* PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL Editora, 2021, pp. 87 y 92.

no escapa al escrutinio, ya que tiene que ser objetivamente justificable y proporcional a la luz de los intereses en juego.³²

De cualquier manera, cabe aclarar que las posibilidades de promover la integración social a través de las adquisiciones públicas obviamente no se limitan al criterio de adjudicación. En los casos en que la evaluación de las ofertas se base principal o exclusivamente en el precio o costo, tales propósitos siguen siendo factibles. Las *especificaciones técnicas*, así como las *condiciones especiales de ejecución contractual*, constituyen un medio particularmente eficaz para alcanzar los fines perseguidos en la materia, en virtud de su materialización en cláusulas *imperativas* del pliego de condiciones. En ese escenario, los intereses públicos en cuestión quedan asegurados *ab initio*, ya que, al contrario de los sometidos a la competencia, no son siquiera negociables. Por otras palabras, el contenido de dichas cláusulas es tan relevante que se excluirán las ofertas que sean incompatibles con el mismo (y, como es lógico, la evaluación de las ofertas excluidas no tendrá lugar).³³ El debate de la contratación pública socialmente responsable es todo menos “monocromático”.

Dicho esto, es importante marcar que la ley portuguesa vincula a las entidades adjudicadoras a configurar las especificaciones técnicas relativas al objeto del contrato en sintonía con ciertos objetivos de política social. Del apartado 5 del artículo 49 del CCP se desprende que, salvo en casos debidamente justificados, en todos los contratos públicos cuyo objeto esté destinado a ser utilizado por personas físicas, dichas especificaciones deberán elaborarse en conformidad con los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad. Por consiguiente, no parece excesivo concluir que, en el momento actual de esta disciplina jurídica, la implementación de políticas más inclusivas no siempre es facultativa.

De hecho, en palabras del Tribunal Supremo Administrativo de Portugal, el interés público (la razón de ser de la actividad contractual) requiere que la Administración Pública se guíe por criterios dirigidos a aportar el mayor beneficio posible al mayor número de ciudadanos.³⁴ Por lo tanto, no sería tolerable excluir las personas discapacitadas del pleno disfrute de las ventajas de bienestar derivadas de los contratos públicos. Se trata, pues, de una solución legislativa que permite, *ante omnia*, materializar los principios constitucionales de igualdad y dignidad de la persona humana (recogidos en los artículos 1 y 13, respectivamente).³⁵

³² También así, *vd.* CARLA AMADO GOMES/MARCO CALDEIRA, “Contratação pública “verde”: uma evolução (eco)lógica”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (Org.), *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, *cit.*, p. 241.

³³ *Vd.* PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, *cit.* 194-195.

³⁴ *Vd.* STSA de 27 de fevereiro de 2008 (Processo N. 0269/02): “O princípio da prossecução do interesse público (...) um dos fundamentos da actividade administrativa, obriga a Administração a pautar a sua actividade por critérios destinados a proporcionar a maior satisfação possível ao maior número de cidadãos (...)”.

³⁵ *Vd.* ISABEL CELESTE FONSECA/JOÃO AMADEU ARAÚJO DA SILVA, “A integração social através da contratação pública: propostas”, in Isabel Celeste Fonseca, *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*, *cit.*, p. 81.

Sin embargo, se puede hacer más. Ya se conocen los requisitos para tal fin: *i)* la vinculación al objeto del contrato, *ii)* la proporcionalidad a la luz del valor y de los objetivos contractuales, así como *iii)* el respeto de todos los principios fundamentales de la contratación pública. Ahora bien, aunque quizás de una forma más limitada en comparación con las cuestiones ambientales, los aspectos sociales pueden ser relevantes en el ámbito de las especificaciones técnicas y no solo en términos de inserción de los discapacitados. Tal horizonte se ve facilitado por el amplio alcance de dichas especificaciones. En conformidad con el apartado 2 del artículo 49 del Código de Contratos Públicos, las características exigidas de una obra, un servicio o un suministro podrán referirse también al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios.

Este es un punto determinante, puesto que los mayores impactos sociales se hacen sentir frecuentemente en el contexto del proceso de producción.³⁶ De este modo, incluso los aspectos relacionados con el comercio justo pueden tenerse en cuenta, en especial a través de la exigencia de etiquetas en la materia (*id est*, como medio de prueba de que las obras, servicios o suministros corresponden a las características exigidas). Sin embargo, ante tal amplitud, los peligros también son exacerbados. Es verdad que el legislador nacional establece los límites que rigen dicho efecto, sobre todo con respecto a la igualdad y transparencia, pero el análisis del problema no puede ser superficial. Y así una vez más se alude a la *proporcionalidad*: un pliego de condiciones demasiado exigente corre el riesgo de restringir significativa e injustificadamente la competencia e incluso perjudicar el interés público (en virtud de la exclusión de ofertas que pudieran resultar atractivas).³⁷ Por lo tanto, cualquier medida restrictiva de la competencia debe estar sólidamente justificada por los objetivos de política social en cuestión y no debe exceder lo necesario para alcanzar dichos fines que se propone.

Los requisitos referidos se extienden a las condiciones especiales de ejecución contractual, que también se materializan en cláusulas imperativas del pliego de condiciones. Ahora bien, sin perjuicio de dichos límites que deben respetarse incondicionalmente, este es, aun así, uno de los momentos más estratégicos para promover los valores de la inclusión social en el ámbito de las adquisiciones públicas.³⁸ En particular, el papel del Tribunal de Justicia ha sido esencial. Gracias a las conclusiones del juez europeo desde la sentencia *Beentjes*³⁹ se ha logrado un gran desarrollo en esta materia. Y es precisamente aquí donde el legislador nacional expone con más detalle lo que pueden hacer los poderes adjudicadores. Según el apartado 6 del artículo 42 del Código de Contratos Públicos, entre dichas condiciones – vinculadas al objeto

³⁶ Sobre esta cuestión, *vd.* ABBY SEMPLE, “Reform of the EU Procurement Directives and WTO GPA: Forward Steps for Sustainability?”, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2089357>.

³⁷ *Vd.* PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, *cit.*, p. 668.

³⁸ También así, *vd.* CLÁUDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Almedina, 2007, p. 545.

³⁹ *Vd.* STJUE de 20 de septiembre de 1998, *Beentjes* (C-31/87).

contractual - se incluyen las relativas, v.g., a la igualdad entre hombres y mujeres, la igualdad de retribución, la conciliación de la vida profesional y de la vida personal y familiar, la lucha contra la precariedad laboral, la inclusión laboral de personas con discapacidad, el fomento del empleo científico o cualificado, la valorización de la contratación colectiva, entre otras. Algunos de estos ejemplos pueden plantear desafíos a la luz de la vinculación al objeto contractual, en particular, la lucha contra la precariedad (algo más perenne que la ejecución de un *determinado* contrato).

Sin embargo, ninguna de dichas condiciones será efectiva si se descuida el control adecuado de la ejecución contractual. Es absolutamente imprescindible que la Administración contratante ejerza su potestad fiscalizadora y, así, fiscalice técnica, financiera y legalmente el modo en que el contratista ejecuta el contrato. La materialización de este control no puede restringirse a la solicitud de informaciones. Por lo tanto, el Código de Contratos Públicos prescribe igualmente medidas más proactivas, es decir, la inspección de locales, equipos, documentación, registros informáticos y contabilidad (apartados 1 y 2 del artículo 305).

Cuando en el marco de dicho ejercicio de la potestad fiscalizadora por la entidad contratante se constate alguna situación de incumplimiento de las cláusulas del contrato (*in casu*, en materia de responsabilidad social) que sea imputable al contratista, deberán aplicarse las penalidades contractuales previstas al efecto (potestad sancionadora, expresamente acogida en artículo 302). Por consiguiente, es evidente la importancia de prever dichas penalidades *ab initio*, en el pliego de condiciones y desde una perspectiva cuidadosa y proporcionada (no hay que olvidar nunca que la proporcionalidad rige tanto la definición como la aplicación de estas⁴⁰).

Las consideraciones precedentes son extensibles al contexto de la subcontratación, ya que también sería ineficaz un control limitado a la confianza en las declaraciones realizadas por el contratista en cuanto al modo de ejecución del contrato por parte de los subcontratistas.⁴¹ En efecto, «*los amis de nos amis ne sont pas toujours nos amis*».⁴² Por último, cabe mencionar un instrumento todavía poco o nada implementado en Portugal. De acuerdo con la letra a) del artículo 54-A del Código, las entidades adjudicadoras podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a operadores económicos cuyo objetivo sea la inclusión social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas, a condición de que al menos 30% de los empleados de dichos operadores económicos sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos. Sin perjuicio de la existencia de algún margen de indeterminación conceptual, una cosa es cierta: este es un enfoque de discriminación positiva, pero parece justificable a la luz del propio principio de competencia, dado que, de otra forma, dichas empresas podrían no tener una oportunidad real de acceder al mercado. De todo modo,

⁴⁰ *Vd.* ISABEL CELESTE FONSECA/JOÃO AMADEU ARAÚJO DA SILVA, “A integração social através da contratação pública: propostas”, in Isabel Celeste Fonseca, *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*, cit., p. 92.

⁴¹ *Idem*, p. 92.

⁴² Cf. JEAN-BERNARD AUBY, *Droit Administratif*, N°7 – julio de 2004, Lexis Nexis, 2004, p.3.

en estos procedimientos especiales, los operadores “protegidos” deben competir entre ellos.⁴³

3. DINAMIZACIÓN DEL TEJIDO EMPRESARIAL LOCAL Y REGIONAL

Aunque en cuanto a las políticas horizontales, cabe señalar que uno de los objetivos de la más reciente revisión del Código de Contratos Públicos reside en reactivar la economía local. No se puede decir que este enfoque sea propiamente innovador. En realidad, hay incluso un cierto aire de *dejà vu*: sobre todo en tiempos de recesión económica, el proteccionismo tiende a exacerbarse. Pues bien, interesa añadir que el uso de las adquisiciones públicas para dinamizar el tejido empresarial regional y local es conocido en la historia, ya que planteamientos de esta naturaleza se han aplicado durante muchos años en algunos Estados miembros. Con todo, bajo la égida de la integración europea, este panorama ha cambiado profundamente y las compras públicas ya no pueden ser utilizadas como instrumentos de política regional.⁴⁴

Todo esto quedó aclarado con la sentencia *Du Pont de Nemours*, es decir, desde 1990: el Tribunal de Justicia consideró que «*el artículo 30 del Tratado CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa que reserva a las empresas establecidas en determinadas regiones del territorio nacional un porcentaje de los contratos públicos de suministro*».⁴⁵ Dicho destronamiento de las “preferencias territoriales” se ha reiterado en varias sentencias posteriores – v.g., en las sentencias *Labordi Bruneau*⁴⁶ y *Comisión vs. Italia*⁴⁷.

El Derecho comunitario de los contratos públicos se basa, *ante omnia*, en el respeto por las libertades de circulación y por un conjunto de principios basilares (catálogo que obviamente incluye el principio de igualdad y de no discriminación).⁴⁸ Más específicamente, interesa poner en relieve lo siguiente: está prohibida la discriminación basada en criterios de índole territorial. Cualquier medida nacional en dicho sentido viola, desde luego, el Derecho primario de la Unión Europea – en particular, los artículos 18, 26 y 45 y siguientes del TFUE.⁴⁹ Las consideraciones de proximidad constituyen precisamente la amenaza más obvia a la consolidación del mercado interior, puesto que son las más perjudiciales para la apertura a la competencia comunitaria.

⁴³ NUNO CUNHA RODRIGUES, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, cit., p. 203.

⁴⁴ Vd. CLÁUDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, cit., p. 45; NUNO CUNHA RODRIGUES, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, cit., p. 291.

⁴⁵ Cf. STJUE de 20 de marzo de 1990 (C-21/88).

⁴⁶ Vd. STJUE de 11 de julio de 1991 (C-351/88).

⁴⁷ Vd. STJUE de 3 de junio de 1992 (C-360/89).

⁴⁸ Sobre el tema, vd. CLÁUDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, cit., pp. 25ss.; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos: Por uma Contratação Pública Sustentável*, cit., pp. 58ss.

⁴⁹ En este sentido, vd. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, cit. 194-195

De esta forma, algunas de las novedades introducidas por la reciente reforma legislativa son motivo de profunda consternación. Incluso se puede hablar de sospechas de choque flagrante con las normativas europeas.⁵⁰ En efecto, la ley portuguesa acoge ahora *criterios de preferencia local* y en varias vertientes (*inter alia*, en la determinación del universo de participantes en los procedimientos de contratación, así como en el análisis y la evaluación de las ofertas).

Ahora bien, en determinados contratos cuyo valor sea inferior a los umbrales de aplicación de las directivas, las entidades adjudicadoras locales (*maxime*, municipales) podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a operadores económicos con sede y actividad efectiva en su circunscripción territorial.⁵¹

El legislador portugués ha partido de una premisa equivocada. En verdad, es crucial tener en cuenta que, incluso en los contratos cuyo valor sea inferior a los umbrales comunitarios, se aplican los principios fundamentales del Derecho originario; *prima facie*, basta la existencia de un interés transfronterizo cierto.⁵² Pero en los últimos años, el Tribunal de Justicia ha “abierto la puerta” a la aplicación de los principios comunitarios *incluso* cuando no exista dicho interés transfronterizo cierto (en particular, en la Sentencia *Borta UAB*).⁵³ En una palabra, normativas de esta índole no pueden justificarse sobre la base de la “margen de maniobra” de los Estados miembros (*in casu*, inexistente, independientemente de que las directivas sean o no aplicables).

Aparte de esto, según la letra e) del apartado 6 del artículo 42 (CCP), podrán admitirse las condiciones de ejecución contractual relativas al fomento de la economía local y regional. Dichas condiciones se incluirán, pues, entre las cláusulas imperativas del pliego de condiciones, es decir, podrán determinar la exclusión de las ofertas incompatibles con tales aspectos. Interesa aún señalar que el proteccionismo económico se lleva al extremo, ya que este enfoque podrá ocurrir en términos generales, *id est*, con independencia del valor del contrato: por lo tanto, incluso cuando las directivas sean aplicables.

⁵⁰ *Vd.* ISABEL CELESTE FONSECA, “A Proposta de Lei n.º 41/XIV: Notas sobre uma (desconcertante) reforma do direito da contratação pública” in Isabel Celeste Fonseca, *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*, *cit.*, p. 286.

⁵¹ Según la letra c) del apartado 1 del artículo 54-A del Código de los Contratos Públicos:

«As entidades adjudicantes podem reservar a possibilidade de ser candidato ou concorrente às:

(...)

c) Entidades com sede e atividade efetiva no território da entidade intermunicipal em que se localize a entidade adjudicante, em procedimentos promovidos por entidades intermunicipais, associações de autarquias locais, autarquias locais ou empresas locais para a formação de contratos de locação ou aquisição de bens móveis ou aquisição de serviços de uso corrente de valor inferior aos limiares referidos nas alíneas c) do n.º 3 ou b) do n.º 4 do artigo 474º, consoante o caso.»

⁵² La Sentencia *Telaustria* de 7 de diciembre de 2000 (C-324/98) fue pionera en el encuadramiento de dicha aplicación de los principios comunitarios a los contratos no regulados por las directivas. *Vd.* CLÁUDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, *cit.*, pp. 258ss.

⁵³ STJUE de 5 de abril de 2017 (C-298/15). Así, *vd.* PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, 4ª Edición, Almedina, 2020, pp.59-60; MARCO CALDEIRA, “Das preferências “locais” na revisão do Código dos Contratos Públicos: são os “santos da casa” que fazem “milagres”?”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 10, p. 65.

En la misma ausencia de límites cuantitativos, de acuerdo con la letra d) del apartado 2 del artículo 75, las entidades adjudicadoras podrán incluir en la esfera del criterio de adjudicación factores y subfactores relacionados con la utilización de productos de origen local o regional. Así, las ofertas podrán ser evaluadas en función de aspectos *intrínsecamente* disconformes con la legislación europea. Debe tenerse en cuenta el carácter problemático de esta disposición.

Es bien sabido que la construcción de la Unión Europea no se reduce al mero aseguramiento de las libertades económicas y sus corolarios.⁵⁴ Por el contrario, la necesidad de hacer valer otros objetivos esenciales, cuya dignidad está reconocida en el Derecho primario, es evidente. De hecho, la contratación pública no debe ignorar la necesidad de alcanzar diversas metas, de las que depende también la propia sostenibilidad de la integración. Con todo, nada de esto es sinónimo de posibilidades ilimitadas: por supuesto, la implementación de políticas horizontales no puede contender con los principios consagrados en los Tratados. En este contexto, no hay forma de justificar normativas nacionales que vulneren el principio de no discriminación por razones territoriales. La reciente reforma legislativa portuguesa ha cruzado las “líneas rojas”.

Los fines (legítimos en el marco de las políticas de desarrollo local y regional) no justifican los medios (ilegítimos, ya que claramente contrarios al Derecho de la Unión Europea).⁵⁵ En verdad, existen otros instrumentos para impulsar el tejido económico local, sin que ello suscite cualquier vulneración de los principios comunitarios: en particular, la división en lotes como medio de adjudicación de los contratos públicos (artículo 46-A). *A priori*, los más beneficiados serán, en efecto, los pequeños operadores locales, dado que, por un lado, los grandes operadores económicos se verán atraídos por la adjudicación de contratos de mayor envergadura y, por otro lado, los pequeños operadores de otros territorios tendrán dificultades debido a la distancia.⁵⁶

III.- CONCLUSIÓN

El ordenamiento jurídico portugués ofrece algunas herramientas relevantes en el dominio de la sostenibilidad social y ambiental de la contratación pública. Efectivamente, las entidades adjudicadoras pueden y deben contemplar criterios inclusivos y circulares en sus adquisiciones. La implementación de ciertos objetivos horizontales ya no queda necesariamente relegada a la discrecionalidad administrativa: los compradores públicos portugueses están hoy vinculados a asegurar el cumplimiento de determinados requisitos

⁵⁴ En el mismo sentido, *vd.* CLÁUDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, *cit.*, p. 45.

⁵⁵ *Vd.* MARCO CALDEIRA, “Das preferências “locais” na revisão do Código dos Contratos Públicos: são os “santos da casa” que fazem “milagres”?”, in *Revista de Direito Administrativo*, *cit.*, p. 65.

⁵⁶ *Cf.* PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, *cit.*, p. 37.

en esta esfera, lo que ocurre, en particular, en lo concerniente a la accesibilidad para las personas con discapacidad.

No cabe duda de que tanto la formación como la ejecución de los contratos públicos deben pensarse desde una perspectiva estratégica. Se afrontan importantes retos económicos, sociales y ambientales, cuya respuesta también requiere repensar el modelo de contratación pretendido. En verdad, este puede ser un enfoque pertinente e incluso necesario para hacer cumplir varios de los principios constitucionales en materia de igualdad social y protección medioambiental.

Sin embargo, la mayoría de los instrumentos normativos con estos fines provienen, en rigor, de la transposición del derecho derivado europeo y no de una especificidad nacional. Bajo la labor del Tribunal de Justicia, en especial, ha sido posible inspirar nuevos caminos y soluciones desde un punto de vista legislativo. Este es, aun así, una materia que plantea obstáculos. No se puede ignorar que existen riesgos potenciales para la igualdad y la competencia. Dichos riesgos parecen haber sido un tanto subestimados por el legislador nacional en ciertos momentos. Ante tal coyuntura, la adopción de criterios de sostenibilidad puede acabar siendo una tarea muy exigente para las entidades adjudicadoras y, en consecuencia, generar mucha incertidumbre para el futuro de las políticas sociales y medioambientales en las compras públicas, particularmente dadas las vulnerabilidades ya estructurales de la contratación en Portugal: *i)* las deficiencias al nivel del planeamiento de las adquisiciones, *ii)* la ligereza en la elaboración de los pliegos de contratación, *iii)* un control insuficiente de la ejecución de los contratos, y *iv)* la considerable resistencia al cambio.

A estas adversidades se suma una más a la luz de la reciente reforma promovida por la Ley 30/2021: las preferencias territoriales. De hecho, en lugar de centrarse en el desarrollo de las políticas horizontales bajo los debidos términos de conformidad con la normatividad europea, la ley portuguesa pretende dinamizar la actividad económica a través de la discriminación territorial de los operadores económicos. Ciertamente, este no es el camino ideal para hacer la contratación estratégica.

IV.- BIBLIOGRAFÍA

- ARROWSMITH, Sue, “The EC procurement directives, national procurement policies and better Governance: the case of a new approach”, in *European Law Review*, Vol. 27, N.1, febrero de 2002, p. 13. AUBY, Jean-Bernard, *Droit Administratif*, N°7 – julio de 2004, Lexis Nexis, 2004.
- CALDEIRA, Marco, “Das preferências “locais” na revisão do Código dos Contratos Públicos: são os “santos da casa” que fazem “milagres”?” in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 10, 2021.
- CARVALHO, Raquel, “Da contratação pública sustentável à contratação pública circular: o objeto da procura e o modelo de gestão”, in Miguel Assis Raimundo (Org.), *Concorrência e Sustentabilidade: Dois Desafios para a Contratação Pública*, AAFDL Editora, 2021. ESTORNINHO, Maria João, *Curso de Direito*

- dos Contratos Públicos: Por uma Contratação Pública Sustentável, Almedina, 2012.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pedro, Direito da Contratação Pública, Vol. I, AAFDL Editora, 2020.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pedro, A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos, AAFDL Editora, 2021. FONSECA, Isabel Celeste, “A Proposta de Lei n.º 41/XIV: Notas sobre uma (desconcertante) reforma do direito da contratação pública” in Isabel Celeste Fonseca, Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos, Almedina, 2020.
- FONSECA, Isabel Celeste/ SILVA, João Amadeu Araújo da, “A integração social através da contratação pública: propostas”, in Isabel Celeste Fonseca, Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos, Almedina, 2020.
- GOMES, Carla Amado/ CALDEIRA, Marco, “Contratação pública “verde”: uma evolução (eco)lógica”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (Org.), Comentários ao Código dos Contratos Públicos, Vol. II, 4ª ed., AAFDL Editora, 2021. GONÇALVES, Pedro Costa, Direito dos Contratos Públicos, 4ªEdición, Almedina, 2020. MCCRUDDEN, Christopher, Buying Social Justice: Equality, Government Procurement & Legal Change, Oxford University Press, 2007.
- RODRIGUES, Nuno Cunha, A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica, Almedina, 2013.
- RODRIGUES, Nuno Cunha, “A utilização de critérios sociais no Código dos Contratos Públicos”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (Org.), Comentários ao Código dos Contratos Públicos, Vol. II, 4ª ed., AAFL Editora, 2021. SEMPLE, “Reform of the EU Procurement Directives and WTO GPA: Forward Steps for Sustainability?”, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2089357>.
- VIANA, Cláudia, Os Princípios Comunitários na Contratação Pública, Almedina, 2007.