

COMPRA PÚBLICA VERDE

Ximena Lazo Vitoria

(Directora)

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

LUIS PRIETO SANCHÍS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

Juan José TRIGÁS RODRÍGUEZ
Director de publicaciones

COMPRA PÚBLICA VERDE

Rafael Fernández Acevedo

Teresa Medina Arnáiz

Patricia Valcárcel Fernández

Beatriz Gómez Fariñas

J. José Pernas García

Ximena Lazo Vitoria

Marta Alba Pacheco

Javier Serrano Chamizo

María del Rosario Delgado Fernández

Elena Hernández Salguero

M^a Eugenia López Mora

María José Santiago Fernández

Javier Píriz Urueña

Antonio Fernández Ecker

Pedro Corvinos Baseca

Jenny Nicolás

Rocío Parra

Bárbara Abril Gabis

Pedro Letón García

Laura Garbajosa Escalera

Ana Patricia López Blanco

Jorge Senán Salinas

Cristina de la Rúa Lope

Rosa Núñez Fernández

Myriam Ortega

Colección: Atelier Administrativo

Directores:

Joan Manuel Trayter Jiménez
(Catedrático de Derecho administrativo)

Belén Noguera de la Muela
(Profesora titular de Derecho administrativo)

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducire, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2018 Los autores

© 2018 Atelier
Via Laietana 12, 08003 Barcelona
e-mail: editorial@atelierlibros.es
www.atelierlibros.es
Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: XXXXXXXXXXXXX

Depósito legal: XXXXXXXXXXXXX

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	19
PRÓLOGO	21

PARTE I

CAPÍTULO 1. INCORPORACIÓN CLÁUSULAS AMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	29
<i>Rafael Fernández Acevedo</i>	

1. Introducción: de la burocracia a la estrategia. La compra pública ecológica (CPE).	29
2. Aplicación práctica de la incorporación de cláusulas ambientales en la contratación pública	33
3. Análisis jurídico de la incorporación de cláusulas ambientales en la contratación pública	40
3.1. Preparación del contrato bajo un enfoque ambiental.	40
3.2. Definición del objeto y las especificaciones técnicas desde un prisma ambiental	42
3.3. Etiquetas ecológicas	44
3.4. Requisitos para la admisibilidad de las cláusulas ambientales. Especial referencia a los criterios de adjudicación.	45
4. Bibliografía	50

CAPÍTULO 2. ¿QUIÉN CONTAMINA NO CONTRATA?: LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR VINCULADAS A LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE	53
<i>Teresa Medina Arnáiz</i>	

I. Consideraciones previas	54
II. Configuración y fundamentos de las prohibiciones de contratar.	58

III. Las causas de prohibición de contratar relacionadas con la protección del medio ambiente	62
1. Prohibiciones de contratar que se anudan a una condena por sentencia firme (artículo 71.1.a) LCSP)	64
a. De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo ..	65
b. De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente ..	65
c. La aplicación de la prohibición de contratar a las personas jurídicas	66
2. Prohibiciones que derivan de una sanción administrativa firme por infracción de las obligaciones aplicables en el ámbito del Derecho medioambiental (artículo 71.1.b)	67
IV. Delimitación en la aplicación de las prohibiciones de contratar	68
1. La apreciación de las prohibiciones de contratar	69
2. Momento a partir del cual la prohibición de contratar despliega efectos jurídicos	69
3. La prescripción de la acción para la imposición de la prohibición de contratar	70
4. La duración de las prohibiciones de contratar	71
V. La prueba por parte del operador económico de no estar incurso en una prohibición de contratar	72
VI. Los supuestos de inaplicación de las prohibiciones de contratar	73
VII. Bibliografía	76

CAPÍTULO 3. CRITERIOS DE SOLVENCIA Y EXIGIBILIDAD DE CERTIFICADOS

DE GESTIÓN AMBIENTAL.	79

Patricia Valcárcel Fernández y Beatriz Gómez Fariñas

I. La inclusión de criterios medioambientales en el marco de la contratación pública estratégica.	79
II. Los criterios de solvencia en materia ambiental	83
1. Aspectos generales	83
2. La exigencia de medidas de gestión ambiental como requisito de solvencia técnica	85
2.1. Obligaciones de publicidad y transparencia	90
2.2. Vinculación al objeto del contrato.	91
2.3. Cumplimiento de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad	93
3. La acreditación de las medidas de gestión ambiental mediante su certificación	94
III. Conclusiones	98
IV. Bibliografía	99

CAPÍTULO 4. EL USO DE LAS ETIQUETAS AMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

103

J. José Pernas García

I. Introducción	103

II. El uso de los sistemas de ecoetiquetado en las distintas fases del procedimiento de contratación pública	104
1. Consideraciones generales. El uso voluntario de las etiquetas	104
2. La definición de «etiqueta» y las condiciones para utilizarlas como referencia	107
3. Las etiquetas ambientales como medio de prueba de cumplimiento de las cláusulas o criterios ambientales	111
4. Sobre la posibilidad de utilizar las etiquetas ambientales en la determinación de prescripciones técnicas, criterios de adjudicación o condiciones de ejecución del contrato.	114
II. Límite al uso de etiquetas ambientales derivados de los principios de igualdad y de transparencia.	117
1. Los criterios o cláusulas derivadas de etiquetas ambientales deben estar vinculadas al objeto del contrato. No es posible recurrir especificaciones detalladas para la concesión de una etiqueta que hagan referencia a condiciones subjetivas, es decir, que aludan al comportamiento ambiental o ético del operador económico y no a las características del producto	117
2. El órgano de contratación puede determinar las especificaciones técnica o establecer un criterio de adjudicación por referencia a una concreto sistema de etiquetado	120
III. Conclusiones	126
Bibliografía	127

CAPÍTULO 5. LA PERSPECTIVA AMBIENTAL DE LA LEY 9/2017, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, ESPECIAL REFERENCIA AL COSTE DEL CICLO DE VIDA . . . 129

Ximena Lazo Vitoria

I. Introducción	129
II. Principales modificaciones introducidas en el ámbito de la compra publica verde por la Directiva 2014/24 y su transposición por la Ley 9/2017	130
2.1. La posibilidad de excluir a los operadores económicos del procedimiento de contratación (Directivas europeas de contratación) y su traducción en las prohibiciones de contratar (Derecho español de la contratación).	131
2.2. La potestad de no adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa.	132
2.3. Exigencias relativas a los sistemas de gestión ambiental: solvencia técnica	133
2.4. El cumplimiento de las obligaciones medioambientales por las empresas subcontratistas	134
2.5. Ofertas anormalmente bajas.	135
2.6. Condiciones especiales de ejecución del contrato	136
III. Coste del ciclo de vida (CCV) y contratación pública.	136
3.1. Breve aproximación conceptual	136
3.2. El CCV en las Directivas europeas de contratación pública.	137

3.3. El CCV como criterio de adjudicación de los contratos	139
a. Precisiones previas acerca de los criterios de adjudicación y de la oferta económicamente más ventajosa (OEV)	139
b. La vinculación con el objeto del contrato	140
c. Cálculo del coste del ciclo de vida	141
d. El CCV como criterio de adjudicación en la nueva LCSP. La regla de la preferencia	144
 CAPÍTULO 6. LAS OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS: ESPECIAL REFERENCIA A LOS CRITERIOS MEDIOAMBIENTALES.	145
<i>Marta Alba Pacheco</i>	
1. La regulación de las ofertas anormalmente bajas en la ley 9/2017.	146
2. El procedimiento de detección de las ofertas anormalmente bajas	147
2.1. La detección de las ofertas anormalmente bajas: El tratamiento de las ofertas vinculadas y los parámetros objetivos para su consideración	147
2.1.1. El tratamiento de las ofertas vinculadas para la consideración de las ofertas anormalmente bajas	148
2.1.2. Los parámetros objetivos para identificar una oferta como anormalmente baja	149
2.2. El momento en el que debe apreciarse la temeridad de las ofertas. ¿Se solicita justificación a todas las ofertas incursas en presunción de temeridad?	152
2.3. El contenido del trámite de audiencia para justificar las ofertas anormalmente bajas. La especial mención al cumplimiento de las obligaciones medioambientales.	154
2.4. La importancia del informe del servicio técnico. La presunción <i>iuris tantum</i> del informe	157
2.5. La decisión de admisión o inadmisión de la oferta anormalmente baja	158
3. Conclusiones	160
Bibliografía citada	161
 CAPÍTULO 7. UN EJEMPLO DE CRITERIO DE ADJUDICACIÓN MEDIOAMBIENTAL Y SU RELACIÓN CON EL «ARRAIGO TERRITORIAL»: LA RESOLUCIÓN 84/2017 DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI.	163
<i>Javier Serrano Chamizo</i>	
1. Los aspectos medioambientales de la contratación pública y su encaje en el Derecho de la Unión Europea.	164
2. La Resolución 84/2017: un caso de «arraigo territorial».	166
2.1. El objeto del recurso	166
2.2. Los argumentos de las partes	167
2.3. Consideraciones previas sobre el fundamento de la Resolución: el problema del «arraigo territorial» en la contratación pública	168

2.4. La metodología de la sentencia «Contse»	169
2.5. Las apreciaciones del OARC / KEAO	170
2.5.1. Aplicación no discriminatoria del criterio de adjudicación . . .	170
2.5.2. Existencia de razones imperiosas de interés general	171
2.5.3. Adecuación del criterio de adjudicación para la consecución del objetivo propuesto	171
2.5.4. La medida no va más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo	172
3. Conclusiones	173

CAPÍTULO 8. LAS CLÁUSULAS AMBIENTALES COMO CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN	175
<i>María del Rosario Delgado Fernández</i>	

1. Aparición de las condiciones especiales de ejecución en la contratación pública	175
2. Las condiciones especiales de ejecución y la contratación estratégica . .	179
3. Características de las condiciones especiales de ejecución	180
4. Regulación en le Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.	182
5. Aplicación práctica de las condiciones especiales de ejecución: inclusión en los pliegos y control de la ejecución del contrato.	185

CAPÍTULO 9. LAS CLÁUSULAS DE ESTRATEGIA MEDIOAMBIENTAL EN LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUALES	189
<i>Elena Hernández Salguero</i>	

1. Las cláusulas medioambientales como requisitos de solvencia. Certificados ambientales	191
2. Las cláusulas medioambientales como prescripciones técnicas	198
3. Las cláusulas medioambientales como criterios de adjudicación	199
4. Las cláusulas medioambientales como condición especial de ejecución . .	204
Conclusión	205

CAPÍTULO 10. EL TEMA AMBIENTAL: NUEVO MARCO NORMATIVO. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CATALÀ DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC	207
<i>M^a Eugenia López Mora</i>	
Bibliografía	220

CAPÍTULO 11. DOCTRINA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL Y DE LA JUNTA DE ANDALUCIA DE RECURSOS CONTRACTUALES RESPECTO A LOS CRITERIOS MEDIOAMBIENTALES.	223
<i>María José Santiago Fernández</i>	

I. Criterios medioambientales como criterios de solvencia técnica	224

1. Necesidad de que los criterios guarden relación con el objeto del contrato	225
2. Los certificados medioambientales son exigibles como requisito de solvencia pero no criterio de adjudicación	228
3. Necesidad de concretar los criterios de solvencia	233
II. Aspectos medioambientales como criterios de adjudicación	236
1. Posibilidad de que figuren como criterios de adjudicación los criterios medioambientales	236
2. Necesidad de concretar los criterios de adjudicación	240
III. Aspectos medioambientales como condición de ejecución	246
IV. Conclusión	249

CAPÍTULO 12. LA INCORPORACIÓN DE CRITERIOS AMBIENTALES A LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO: UN ESBOZO SOBRE CASTILLA Y LEÓN

Javier Píriz Uruña

1. Introducción	251
2. El criterio del Tribunal Administrativo de recursos contractuales de Castilla y León. Especial referencia a las certificaciones de calidad y de gestión medioambiental	255
2.1. Como requisito de solvencia	256
2.1.1. Es requisito distinto de la habilitación empresarial o profesional	256
2.1.2. Su compatibilidad con la clasificación del licitador	257
2.1.3. La acreditación de la calidad y de la gestión medioambiental es exigible a todos los miembros de una UTE.	258
2.2. Como criterio de adjudicación	260
3. Reflexión final.	262

CAPÍTULO 13. LA PYME EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

Antonio Fernández Ecker

1. La PYME y los contratos públicos	265
1.1. La Pequeña y Mediana Empresa en España	266
1.2. El mercado español de la contratación pública	267
1.3. Los problemas de la PYME en su acceso a los contratos públicos .	269
2. La Ley 9/2017: medidas en favor de la PYME	271
2.1. Medidas adoptadas en España con anterioridad a la Ley 9/2017...	271
2.2. La Ley de contratos del sector público: medidas en favor de la PYME.	272
3. Conclusiones	276
Bibliografía citada	277

CAPÍTULO 14. LAS CLÁUSULAS AMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN DEL SUMINISTRO ELÉCTRICO POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Pedro Corvino Baseca

1. El suministro eléctrico como servicio público: el contrato integrado de suministro	280

2. La liberalización del suministro eléctrico: el contrato de acceso a redes y el contrato de compra de electricidad	281
3. Hacia una contratación pública estratégica del suministro de electricidad	282
4. El suministro eléctrico: la electricidad como mercancía y el acceso a redes como medio de entregarla a los consumidores	284
5. El aprovisionamiento de energía eléctrica por las administraciones públicas	285
5.1. El aprovisionamiento de energía eléctrica como medio para el cambio de modelo energético	285
5.2. Formas de aprovisionamiento de energía eléctrica por las Administraciones públicas.	287
6. La compra de la electricidad en el mercado minorista: cláusulas ambientales.	289
6.1. Cláusulas ambientales en la LCSP	289
6.2. Hecho diferencial del contrato de suministro de electricidad: la imposibilidad de identificar el origen de la energía suministrada por las comercializadoras.	290
6.3. Garantía de origen y etiquetado de la electricidad	292
6.4. Aplicación de las cláusulas ambientales a la compra de electricidad en el mercado minorista	295
6.4.1. Compatibilidad de las cláusulas ambientales en las distintas fases de la contratación del suministro de electricidad	296
6.4.2. La exigencia de garantías de origen o etiquetado de la electricidad como criterio de adjudicación	298
6.4.3. La exigencia de garantías de origen o etiquetado de la electricidad como requisito de solvencia técnica	300
6.4.4. La exigencia de garantías de origen como condición especial de ejecución del contrato.	302
7. Contratación de electricidad en el mercado mayorista y compra de garantías de origen a los productores.	302
7.1. Contratación de electricidad por las Administraciones públicas en el mercado mayorista.	302
7.2. Compra de GdO a los productores de electricidad procedentes de fuentes renovables	304
Bibliografía citada	304

CAPÍTULO 15. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN CHILE COMO MODALIDAD DE CONSUMO Y PRODUCCIÓN SOSTENIBLE: ANÁLISIS DE CASOS 307

Jenny Nicolás y Rocío Parra

1. Introducción	307
2. Modalidades de consumo y producción sostenible en Chile.	308
2.1. Estrategia nacional de crecimiento verde	308
2.2. Programa nacional de Consumo y Producción Sustentable.	309
3. La contratación pública sostenible como modalidad de CPS.	311
4. Análisis de casos.	319

4.1. Licitaciones de Convenio Marco	319
4.1.1. Gran Compra adjudicada en atención a criterios ambientales	321
4.2. Licitación con especificaciones técnicas sostenibles	322
4.3. Licitación con especificaciones técnicas y criterio de evaluación sostenible	324
4.4 Licitación con criterio de evaluación sostenible	325
5. CONSIDERACIONES FINALES	326
Referencias bibliográficas	327
Artículos y monografías	327
Instrumentos normativos internacionales	328
Instrumentos normativos nacionales	329

PARTE II

CAPÍTULO 16. LA HUELLA AMBIENTAL. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y NUEVAS PERSPECTIVAS	333
<i>Bárbara Abril Gabis</i>	

Resumen	333
1. ¿Qué es la huella ambiental?	334
2. Recomendación de la comisión	335
3. RCHAP y RSHAO	336
4. Metodología	336
4.1. Modificaciones respecto Normas ISO	337
4.2. Definición del Objetivo	338
4.3. Definición del Alcance	339
4.3.1. Definición de Unidad de Análisis	339
4.3.2. Definición de los Límites del Sistema	340
4.3.3. Selección de Categorías de Impacto y Métodos de Evaluación	340
4.4. Compilación y Registro del Perfil de Uso de los Recursos y de Emisiones	342
4.5. Evaluación de Impacto de la Huella Ambiental	342
5. Fase piloto	343
6. Conclusiones	344
Bibliografía citada	345

CAPÍTULO 17. EL ANÁLISIS DEL CICLO DE VIDA: METODOLOGÍAS Y APLICACIONES	347
<i>Pedro Letón García</i>	

1. Introducción	347
1.1. Definición	348
1.2. Un poco de historia	349
1.3. El Análisis del Ciclo de Vida como herramienta de Gestión Ambiental	349

2. Metodología	350
2.1. Etapas y normativa ISO	350
2.1.1. Definición del objetivo y alcance del estudio.	351
2.1.2. Análisis de Inventario.	352
2.1.3. Evaluación de impactos del ciclo de vida	352
A) Clasificación.	353
B) Caracterización y Normalización	355
C) Valoración y Ponderación	357
2.1.4. Interpretación de resultados y revisión crítica	357
3. Aplicaciones	358
3.1. Aplicaciones generales	358
3.2. Ecoetiquetas	358
3.3. La Huella de Carbono y la Huella Ambiental.	359
4. Hacia el análisis sostenible del ciclo de vida	360
4.1. El Análisis de Costes del Ciclo de Vida	361
4.2. Análisis Social del Ciclo de Vida	362
Bibliografía citada	362

CAPÍTULO 18. ECODISEÑO Y ANÁLISIS DE CICLO DE VIDA APLICADO EN BSH ELECTRODOMÉSTICOS ESPAÑA S.A. 365

Laura Garbajosa Escalera

1. BSH, Sólida implantación en el país.	365
1.1. El compromiso ambiental de BSH	365
2. Ecodiseño en todas las fases del Ciclo de Vida	366
2.1. Fase de Diseño	367
2.1.1. Evaluación Ambiental de Producto	367
2.1.2. Diseño Modular PACT.	368
2.1.3. Herramientas de diseño	368
2.1.4. Identificación de materias críticas.	369
2.1.5. Otras líneas trabajo	369
2.2. Fase de Producción	370
2.2.1. Ecodiseño y ACV de componentes	370
2.3. Fase de Distribución	371
2.3.1. Logística respetuosa con el medio ambiente	372
2.3.2. Optimización de embalajes.	372
2.3.3. Planes de prevención de Ecoembes	374
2.4. Fase de Uso.	374
2.4.1. Mejora de eficiencia: energía y agua	375
2.4.2. Sensibilización al usuario	375
2.4.3. Home connect	376
2.4.4. Nuevos modelos de negocio.	376
2.4.5. Servicio al Cliente más sostenible	376
2.5. Fase de Fin de Vida.	376
2.5.1. Materiales reciclados.	377

2.5.2. Gestión de Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos (RAEE)	377
A) Planes de Prevención de RAEE	377
B) Preparación Para la Reutilización (PPR)	378
2.5.3. Taller de recuperación de electrodomésticos	378
2.5.5. Standardisation Request de la Comisión a CEN-CENELEC.	378
 CAPÍTULO 19. APLICACIÓN DEL ANÁLISIS DE CICLO DE VIDA A LAS POLÍTICAS EUROPEAS DE PRODUCTO.	 381
<i>Ana Patricia López Blanco</i>	
1. Introducción a las políticas ambientales de producto en la Unión Europea	381
2. Aplicación práctica del análisis de ciclo de vida a la política ambiental de producto	382
2.2. Cómo se aplica el análisis de ciclo de vida a la Directiva de Ecodiseño en la práctica	383
2.2. Limitaciones a la metodología MEErP	384
3. Desarrollo de la metodología de la huella ambiental de los productos.	385
3.1. Orígenes de la metodología de la huella ambiental de los productos.	385
3.2. Fase piloto del PEF	386
3.2.1. Lecciones aprendidas de la fase piloto por los pilotos de comida y bebida.	387
3.3. Futuro del PEF.	388
4. Conclusiones.	389
Legislación citada.	389
Bibliografía citada	389
 CAPÍTULO 20. ANÁLISIS DE CICLO DE VIDA EN LA ECONOMÍA CIRCULAR. APLICACIONES EN EL RECICLAJE DE TECNOLOGÍA DE MEMBRANA.	 391
<i>Jorge Senán Salinas</i>	
1. Economía circular, análisis de ciclo de vida y reciclaje.	392
1.1. Economía circular: una transición económica de base medioambiental	392
1.2. De la economía lineal a la economía circular: cambio de paradigma	392
1.3. Concepto de ciclo de vida en la legislación europea de residuos.	394
1.4. Eco-innovación en el sector del reciclaje y análisis de ciclo de vida.	394
1.5. Objetivo y caso de estudio: análisis de ciclo de vida en la innovación del reciclaje	395
2. La Osmosis Inversa (OI) hacia la economía circular.	396
2.1. La OI hoy: un ejemplo de modelo lineal.	396
2.1.1. La OI en la desalación.	396
2.1.2. El ensuciamiento y la OI al final de su vida útil.	397

2.2. Estrategias investigadas de economía circular en la OI	397
2.2.1. Estrategias para incrementar la vida útil como OI	397
2.2.2. El reciclaje directo	398
2.3. Etapas en el desarrollo de un reciclaje	399
3. Análisis de ciclo de vida a escala laboratorio.	400
3.1. Antecedentes	400
3.1.1. Comparativa de alternativas	400
3.1.2. Limitaciones del estudio.	400
3.1.3. Expansión del sistema y enfoque de sustitución	401
3.1.3.1. Concepto.	401
3.1.3.2. Ratio de compensación.	402
3.2. Proyecto INREMEX: estudio de la adaptación a otras aplicaciones. .	403
3.2.1. Adaptación a diferentes aplicaciones tecnológicas	403
3.2.2. Evolución de la metodología y refinamiento de la expansión del sistema.	403
3.2.2.1. Problemáticas comunes.	403
3.2.2.2. Evolución de factores y ratios de compensación	403
3.2.3. Análisis comparativo de modificaciones de la membrana para la misma aplicación	404
4. El reciclaje en escala piloto: <i>Life Cycle Thinking introduction</i>	404
4.1. Oportunidades de la escala piloto sobre la escala laboratorio.	404
4.2. Divergencias en el escalado.	405
4.3. Enfoque de ciclo de vida en los productos reciclados.	405
5. El análisis de ciclo de vida en la toma de decisiones macro, ejecutivas y legislativas: perspectivas de implementación	406
5.1. Propuesta de documento BREF para un nuevo sector.	406
5.2. Apoyo a problemas logísticos y definición de los principios de un programa de reciclado	406
5.3. Estudio de las consecuencias ambientales de la implantación de un sistema de reciclado	407
6. Conclusiones.	408
7. Agradecimientos	408
8. Bibliografía citada.	409

CAPÍTULO 21. ANÁLISIS DEL CICLO DE VIDA EN EL SECTOR DE LA ENERGÍA:	
HERRAMIENTAS PARA LA TOMA DE DECISIONES.	411
<i>Cristina de la Rúa Lope</i>	

1. Energía y desarrollo	411
2. Políticas hacia el desarrollo sostenible	415
3. Herramientas para la sostenibilidad	417
3.1. Análisis de Ciclo de Vida.	417
3.2. Análisis <i>Input-Output</i>	420
4. Conclusiones.	422
Bibliografía citada	423

CAPÍTULO 22. ANÁLISIS NORMA UNE-ISO 20400:2017.	
COMPRAS SOSTENIBLES	425
<i>Rosa Núñez Fernández</i>	
1. Introducción	425
2. Norma Española UNE-ISO 20400 noviembre de 2017	426
3. Definiciones	428
4. Fundamentos de la norma	428
5. Integración de las compras sostenibles	429
6. Organización de la función de compras hacia la sostenibilidad	430
7. Medición y mejora del desempeño	432
8. Presentación de informes	433
9. Integración de la sostenibilidad al proceso de compra	433
10. Planificación	434
11. Integración de los requisitos de sostenibilidad en las especificaciones . .	435
Bibliografía	435
 CAPÍTULO 23. LA COMPRA VERDE EN LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ.	437
<i>Myriam Ortega</i>	
I. Introducción	437
II. Plan de sostenibilidad	440
2.1. Compra verde	440
III. Contexto	443
IV. Acciones en la Universidad de Alcalá	444
4.1. Actuaciones realizadas:	444
4.2. Actividades en desarrollo y posibles actuaciones a realizar	444
Referencias	447

PRESENTACIÓN

Este libro se enmarca en el Proyecto de Investigación «Compra Pública Verde (CPV): novedades introducidas por las Directivas Europeas de contratación pública de cuarta generación. Singular referencia a los criterios de adjudicación y al concepto del “coste del ciclo de vida” desde una perspectiva interdisciplinar» CCG2016/HUM-083 financiado por la Universidad de Alcalá, dentro de la línea relativa a «Proyectos para potenciar la creación y consolidación de grupos de Investigación».

Compra Pública Verde es un libro colectivo que se estructura en dos partes. La primera contiene una serie de estudios jurídicos sobre la incorporación de los criterios ambientales a la contratación del sector público, en el marco de las nuevas Directivas de contratación pública (2014) y su posterior transposición al Derecho español, mediante la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). La ordenación de esta primera parte sigue la idea de transversalidad que inspira la nueva legislación contractual europea y española (art. 1 LCSP). Por ello, se estudian desde la perspectiva ambiental las prohibiciones de contratar; la solvencia y la exigibilidad de certificados de gestión ambiental; las etiquetas ambientales; los criterios de adjudicación y en particular el coste del ciclo de vida; las ofertas anormalmente bajas y las condiciones especiales de ejecución.

También se incluyen otros tantos estudios sobre el control que vienen realizando los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales caracterizado, como es sabido, por el complejo equilibrio entre la protección medioambiental y el respeto de los principios inherentes de la contratación pública (especialmente, libre concurrencia e igualdad de trato). Asimismo, la primera parte del Libro alberga algunos estudios monográficos de gran incidencia para la CPV. Es el caso de la incorporación de cláusulas ambientales en la contratación del suministro eléctrico por las Administraciones Públicas o la asunción de los aspectos medioambientales por parte de las pequeñas y medianas empresas (PYMES).

En el marco del Proyecto de Investigación *supra* referido se han desarrollado diversas actividades y seminarios de investigación y de difusión. Este libro reco-

ge (agrupadas fundamentalmente en su Parte segunda) las ponencias presentadas en el I Foro Universidad-Empresa bajo la temática «Fundamentos del Análisis del Ciclo de Vida y experiencias en el mundo empresarial», celebrado en noviembre de 2017 y organizado por el Grupo de Investigación «Compra Pública Verde» y la Facultad de Ciencias. Sección Ciencias Ambientales de la Universidad de Alcalá. El citado Foro no hubiese sido posible sin el constante apoyo del Decano Profesor Michel Heykoop Fung-a-you, de la Vicedecana Profesora María Jesús Salado García así como del inestimable soporte logístico de María Ángeles García Abad y de Teodora Sanz Gismero.

Los trabajos incluidos en esta segunda parte de contenido interdisciplinar versan fundamentalmente sobre el Análisis del Ciclo de Vida (ACV), es decir, la valoración de las externalidades ambientales a las que se refiere en legislador europeo y cuyo conocimiento es una tarea insoslayable para la correcta aplicación del Coste del Ciclo de Vida (*Life Cycle Cost*, LCC).

Agradezco muy sinceramente a los autores por su generosidad, implicación y valiosas aportaciones a este trabajo colectivo. Confiamos que este libro favorezca el conocimiento y aplicación del nuevo modelo ecológico de contratación del sector público.

Ximena LAZO VITORIA

PRÓLOGO

La contratación pública es, hoy en día, tanto desde la perspectiva de la gestión pública como desde las exigencias de competitividad en el sector empresarial, una de las principales herramientas para implementar políticas públicas y conformar la exigencia de transformación social encomendada a nuestros poderes públicos. Explica este rol no solo la importante dimensión económica de la contratación pública (en el entorno del 20 por ciento del PIB), sino, especialmente, la directa vinculación a la correcta satisfacción de necesidades públicas, por lo que el contrato, como forma de satisfacción del interés general, debe ser analizado desde la perspectiva de inversión (y no un mero gasto). Esta idea queda reflejada expresamente en la Estrategia Europa 2020, que indica que la contratación pública es una herramienta principal para el cumplimiento de esos objetivos¹.

Cuestión sobre la que insiste la reciente Comunicación la Comisión Europea «Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa» (3 de octubre de 2017, COM (2017) 572 final) al subrayar la idea de una estrategia de contratación pública, para lo que establece el marco político general y define prioridades claras para mejorar la contratación². Se trata de un planteamiento que inspiran desde hace tiempo las normas europeas de contratación pública y que ahora se plasma de forma más intensa en las Directivas europeas de cuarta generación. En efecto, el legislador europeo, además de destacar el papel clave que juega la contratación pública en la Estrategia Europea 2020 (propug-

1. Las Instituciones europeas, en el contexto económico de inestable e insegura superación de la crisis financiera manifestada en el año 2008, adoptaron una serie de propuestas y pautas, a la vez que señalaban la obligación de efectuar un balance para poder re orientar la estrategia. En ese contexto interesa destacar el «Libro blanco sobre el futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los 27 en 2025», elaborado por la Comisión Europea el 1 de marzo de 2017.

https://ec.europa.eu/commission/sites/betapolitical/files/libro_blanco_sobre_el_futuro_de_europa_es.pdf

2. Remito al lector interesado a mi trabajo «Compra pública estratégica» incluido en el libro colectivo Contratación pública estratégica, coord. por J. Pernas García, Aranzandi, Cizur Menor, 2013.

na un crecimiento inteligente, sostenible e integrador), establece la transversalidad de las exigencias ambientales a lo largo de toda la vida del contrato. Un carácter del que, por cierto, también participan los requisitos sociales y laborales en tanto las instituciones europeas entienden como irrenunciable la visión de la contratación al servicio de las políticas públicas en el marco del modelo social europeo³.

A nivel mundial, cabe recordar que la Asamblea General de la ONU aprobó el documento «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible» (Resolución de 25 de septiembre de 2015) fijando 17 Objetivos de Desarrollo Sostenibles (ODS) y 169 metas conexas específicas que conjugan las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental⁴. Se afirma en esta resolución la necesidad de introducir cambios fundamentales en la manera en que las sociedades producen y consumen bienes y servicios, subrayándose seguidamente que «los gobiernos, las organizaciones internacionales, el sector empresarial y otros agentes no estatales y particulares deben contribuir a modificar las modalidades insostenibles de consumo y producción, incluso movilizand o todas las fuentes de asistencia financiera y técnica para fortalecer la capacidad científica, tecnológica y de innovación de los países en desarrollo con el fin de avanzar hacia modalidades de consumo y producción más sostenibles»⁵. Aunque los ODS y las metas específicas tienen un carácter «integrado e indivisible» cabe destacar la alusión específica a la compra pública «promover prácticas de adquisición pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales» (incluida dentro del Objetivo 12 Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles).

La justificación de esta nueva visión de la contratación pública obliga a repensar la política de contratación pública, que debe atender a la correcta satisfacción de la necesidad que se pretende cumplir vía contrato público y donde, lógicamente, la mejor calidad debe ser un principio irrenunciable de la decisión a adoptar. Esta perspectiva cualitativa de la prestación y del contrato se integra, por ejemplo, con la finalidad de que objetivos sociales, ambientales o de investigación, sean un elemento intrínseco y de especial valor, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública alejada de planteamientos excesivamente burocráticos o formales. La exigencia de valorar la calidad/rentabilidad de un contrato público como nuevo eje decisional tiene importantes ventajas desde una perspectiva macroeconómica transversal, pues ha de permitir orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contra-

3. Más extensamente, vid. Gimeno Feliú, J. M^a.: El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia (El contrato público como herramienta institucional de los poderes públicos). Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

4. <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

5. Véase Considerando 28 de la citada Resolución.

tos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias de calidad (en sus distintas funcionalidades) que determinen las entidades adjudicadoras.

En línea con lo anterior, la denominada compra pública verde (CPV)⁶ es un instrumento idóneo para estimular la producción y demanda de productos y servicios sostenibles que de otro modo sería difícil incorporar al mercado. Resulta innegable el valor ejemplarizante de la CPV así como su potencialidad para influir en el mercado⁷. Desde esta perspectiva, la CPV es también un motor importante para la innovación —otro pilar fundamental de la nueva regulación europea— al ofrecer a la industria incentivos para usar métodos ecológicos. Las Directivas de cuarta generación incorporan como novedad destacada el «coste del ciclo de vida» (*Life Cycle Cost, LCC*), como una alternativa al «precio» como criterio de adjudicación de los contratos del sector público. Este tipo de análisis coste/eficacia permite poner en evidencia los verdaderos costes (directos, indirectos, variables, fijos, externalidades ambientales) que están involucrados en una obra, servicio o suministro y puede permitir adquisiciones más económicas que sean al mismo tiempo sostenibles desde una perspectiva ambiental.

Las instituciones europeas vienen desarrollando desde hace tiempo variadas iniciativas (documentos de trabajo, guías y estudios técnicos y metodológicos) para facilitar la implantación de la CPV. Entre éstas cabe destacar la tercera edición del Manual sobre la contratación pública ecológica (2016) así como los criterios de contratación pública verde (*Green Public Procurement Criteria*) que por sectores (v. gr. ordenadores y pantallas; productor de limpieza; mobiliario; construcción; alumbrado vial; textil, etc) y con una actualización constante se encuentran disponible para su consulta y aplicación.

En el ámbito español, concluida la vigencia del Plan de Contratación Pública Verde (aprobado mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de enero 2008 y publicado por ORDEN PRE/116/2008, de 21 de enero), se ha publicado hace escasos meses una nueva iniciativa en la materia. Se trata de la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios ecológicos en la contratación pública (Real Decreto 6/2018, de 12 de enero) cuya finalidad es garantizar la coordinación entre la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social en la incorporación y el uso de criterios ecológicos en la contratación pública. Entre sus funciones se cuenta, entre otras, la elaboración del Plan de Contratación Pública Ecológica en el cual se determinarán los productos, obras y servicios en los que la Adminis-

6. La Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones COM (2008) 400 final, de 16 de julio de 2008 «Contratación pública para un medio ambiente mejor», define la CPV como «un proceso por el cual las autoridades públicas tratan de adquirir mercancías, servicios y obras con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de mercancías, servicios y obras con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar».

7. Y es que en efecto, en la contratación pública existe un interés público que justifica el empleo de mecanismos de refuerzo y/o fomento (no necesariamente coactivos) para que los empresarios cumplan con las obligaciones de la legislación sectorial. Este argumento en Mestre Delgado, J.: «Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental». REALA nº 291, 2003, p.707.

tración va a promover un consumo público así como los criterios ecológicos a tener en cuenta en las distintas fases de su contratación.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico el grueso de las normas europeas) asume en plenitud en nuevo marco europeo. Y lo hace de un modo decidido y sin ambages de ninguna clase «en toda contratación pública, prescribe el artículo 1 apartado tercero LCSP, se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los recursos públicos...». De este modo, las exigencias ambientales pero también el respeto y la promoción de los aspectos sociales y labores vertebran la estructura de la nueva legislación española de contratación pública⁸, reafirmando la visión estratégica a la que antes se ha aludido.

El libro objeto de estas líneas «Compra Pública Verde» es una obra colectiva, dirigida por la Profesora Ximena Lazo Vitoria, una prolífica académica de la Universidad de Alcalá y miembro del Observatorio de Contratación Pública, con una extensa y reconocida trayectoria investigadora en el ámbito de la contratación pública. Se trata de una obra bien construida y de cuidada edición, cuyo objeto es proporcionar mediante meticulosos estudios específicos, un análisis integral la temática de la CPV en el marco de la nueva LCSP. El lector tiene en sus manos un libro útil y de gran valor teórico y práctico. A ello contribuye, sin duda, la enorme especialización y prestigio del nutrido elenco de autores que han participado en esta obra, analizando y reflexionando acerca del binomio contratación-sostenibilidad y sus posibilidades de futuro.

La estructura del libro, en sintonía con la LCSP 2017, analiza la incorporación de criterios ambientales durante todo el *iter* contractual (solvencia, certificados de gestión ambiental, etiquetas ecológicas, prohibiciones de contratar, criterios de adjudicación, coste del ciclo de vida, condiciones especiales de ejecución, etc.) incluido su control por los Tribunales Administrativos de recursos contractuales. En su segunda parte, el libro recoge una serie de trabajos y estudios sobre el análisis del ciclo de vida (ACV) —directamente relacionadas con las externalidades ambientales que refiere el legislador europeo— y cuyo acabado conocimiento resulta una tarea insoslayable para la CPV.

Cabe resaltar el valor añadido que representa la interdisciplinariedad de los trabajos incluidos en este Libro, una mirada conjunta y colaborativa que permite la resolución de temáticas altamente complejas⁹.

8. Ya están disponibles exhaustivas obras colectivas sobre la LCSP, véase *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (Dir: José María Gimeno Feliú), Thomson-Reuters Aranzadi, 2018; *Tratado de Contratos del Sector Público* (Drs: Eduardo Gamero Casado e Isabel Gallego Córcoles), Tirant lo Blanch, 2018; *La Ley de contratos del Sector público Ley 9/2017, de 8 de noviembre* (Drs. Juan Francisco Mestre Delgado y Luis Manent Alonso), Tirant lo Blanch, 2018

9. En línea con las últimas propuestas de la Unión Europea puede consultarse el Informe de 6 de junio de 2017, sobre la evaluación de la ejecución de Horizonte 2020 con miras a su evaluación intermedia y la propuesta del Noveno Programa Marco (2016/2147 (INI))

Estamos, por ello, ante una obra de referencia en esta nueva época de una contratación pública estratégica y más eficiente, donde lo ecológico se convierte en un eje irrenunciable en la decisión contractual a adoptar por ser un elemento esencial en las nuevas exigencias de adquisiciones públicas en función de la mejor relación calidad/precio (*value for money*). Y la obra que tengo el honor de prologar será un elemento indispensable para ayudar en la transición del modelo del contrato público.

La contratación pública se tiñe, por fin, de verde en la LCSP en la convicción de que solo así se consigue la mejor compra pública desde los estándares de la buena administración.

José María GIMENO FELIÚ
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

PARTE I

Capítulo 1

INCORPORACIÓN CLÁUSULAS AMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA*

Rafael Fernández Acevedo

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Vigo

SUMARIO: 1. Introducción: de la burocracia a la estrategia. La compra pública ecológica (CPE). 2. Aplicación práctica de la incorporación de cláusulas ambientales en la contratación pública. 3. Análisis jurídico de la incorporación de cláusulas ambientales en la contratación pública; 3.1 Preparación del contrato bajo un enfoque ambiental. 3.2 Definición del objeto y las especificaciones técnicas desde un prisma ambiental. 3.3 Etiquetas ecológicas. 3.4 Requisitos para la admisibilidad de las cláusulas ambientales. Especial referencia a los criterios de adjudicación. 4. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN: DE LA BUROCRACIA A LA ESTRATEGIA. LA COMPRA PÚBLICA ECOLÓGICA (CPE)

Tanto desde un punto de vista económico, como desde el jurídico y social, la contratación pública ha tenido siempre una indudable relevancia, si bien en las últimas décadas ha ido cobrando un mayor protagonismo¹. Inicialmente, la limitada intervención del Derecho comunitario en esta materia encuentra su justificación

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación titulado: «El tiempo de las reformas administrativas: hacia la excelencia en la contratación pública (*Smart Procurement*) a través de compras eficaces, estratégicas y transnacionales», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (Ref: DER2015-67102-C2-2-P).

1. FERNÁNDEZ ACEVEDO (2017: p. 78).

en el progresivo establecimiento de un mercado europeo único, un espacio sin fronteras interiores que permita la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. Por ello, en este primer momento, en palabras del Tribunal de Justicia, el objetivo de la coordinación comunitaria de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos se cifra en suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías y, de este modo, proteger los intereses de los operadores económicos que deseen ofrecer bienes o servicios en un Estado miembro distinto del propio². Se trataba de cumplir con los Tratados y, en particular, con las libertades mencionadas, así como con los principios que de las mismas se derivan: igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia, etc. En consecuencia, las primeras Directivas en la materia se fijan como objetivo excluir el riesgo de que se otorgue preferencia a los licitadores o candidatos nacionales en cualquier procedimiento de adjudicación³.

Con la entrada del nuevo siglo, la Comisión Europea comienza una lenta, pero cada vez más decidida, tarea de impulso, estímulo y explicación, de cómo utilizar el poder de compra de los poderes adjudicadores para el logro de otras políticas públicas y particularmente las de carácter ambiental, en pos de un desarrollo sostenible⁴. Baste destacar ahora la Comunicación de 4 de junio de 2001 «sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública». En ella se estudian y exponen las posibilidades que ofrece la legislación europea entonces vigente de integrar aspectos ecológicos en la contratación pública. Observa, en este sentido, que la normativa de contratación ofrece ciertas posibilidades, aunque limitadas, y que la legislación ambiental, tanto europea como nacional, es también obligatoria para los poderes adjudicadores y puede influir tanto en la elección que estos realicen como en las especificaciones y criterios que formulen.

En este nuevo clima apenas intuido, la Directiva 2004/18 propone tímidamente una nueva regulación de la contratación pública basada en la jurisprudencia que clarifica, dice, las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, «sin excluir el ámbito medioambiental o social», siempre que cumplan una serie de requisitos entre los que destaca la vinculación al objeto del contrato⁵. La propia Directiva nos recuerda, por lo que aquí interesa, que el Tratado (hoy, artículo 11 del

2. STJ 553/2001, de 18 de octubre, C-19/00, *SIAC Construction Ltd c. County Council of the County of Mayo*, apartado 32. Asimismo, STJ 525/1998, de 10 de noviembre, As. C-360/96, *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden c. BFI Holding BV*, apartados 41 y 42.

3. STJ 525/1998, de 10 de noviembre, As. C-360/96, *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden c. BFI Holding BV*, apartado 42.

4. Comunicación de la Comisión de 15 de mayo de 2001, «*Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible*» (Propuesta de la Comisión ante el Consejo Europeo de Gotemburgo) [COM (2001) 264 final —no publicada en el Diario Oficial].

5. Considerando 1 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

TFUE) dispone que las exigencias de la protección del medio ambiente deben integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de las instituciones europeas, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. De ahí que pretenda clarificar de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible al tiempo que se garantiza que puedan obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio (considerando 5).

En definitiva, los poderes públicos han de cumplir también otras obligaciones que imponen los Tratados y que van más allá de establecer un mercado interior pues exigen obrar en pro del desarrollo sostenible basado en un crecimiento económico equilibrado, en una economía social de mercado y en un elevado nivel de protección y mejora de la calidad del medio ambiente; así como promover el progreso científico y técnico, fomentar la justicia y protección sociales o la igualdad entre mujeres y hombres, entre otras (artículo 3.3 del TUE). Se trata de objetivos comunes que habrán de perseguirse a través de todas las políticas de la Unión, también la de contratación pública.

La profunda y larga crisis económica iniciada en 2008 hará de la necesidad virtud e impulsará a la Comisión a propugnar la necesidad de un cambio de rumbo mediante la Comunicación Europa 2020⁶. En ella se propone una estrategia para salir fortalecidos de la crisis y convertir a la Unión en una economía inteligente, sostenible e integradora que disfrute de altos niveles de empleo, de productividad y de cohesión social.

A tal efecto se estima que la contratación pública puede ser una herramienta especialmente adecuada. Así se puso de manifiesto en el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE* al señalar que las autoridades públicas pueden hacer una contribución importante a la realización de los objetivos estratégicos de la Comunicación Europa 2020 «*utilizando su poder adquisitivo para comprar bienes y servicios con un alto valor social en términos de promoción de la innovación, respeto del medio ambiente y lucha contra el cambio climático, reducción del consumo energético, mejora del empleo, la salud pública y las condiciones sociales, y promoción de la igualdad mejorando la inclusión de los grupos desfavorecidos*»⁷.

En este escenario se presenta el cuarto paquete de Directivas en materia de contratación pública de 2014, cuya justificación cabe resumir de la mano del considerando 2 de la 2014/24, en el papel clave que las compras públicas desempeñan en la estrategia Europa 2020 dado que constituyen «*uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*»⁸.

6. Comunicación de la Comisión *Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, Bruselas 3 de marzo de 2010, COM(2010) 2020.

7. *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente* [Bruselas, 27 de enero de 2011, COM(2011) 15 final], pp. 36-37.

8. Considerando 2 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (Directiva 2014/24).

Resulta indispensable, pues, abandonar el enfoque que tradicionalmente se le ha dado a la contratación pública desde el derecho nacional como un sistema o procedimiento burocrático limitado en exclusiva a procurar, mediante la más amplia competencia, que los entes públicos se provean de bienes, obras y servicios al menor coste posible. Superar esta visión restrictiva y cortoplacista permitirá que la contratación pública, sin dejar de ser el medio para adquirir prestaciones de calidad al menor precio posible, se muestre como una herramienta jurídica y económica, una potente herramienta, al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de otros fines de interés general o políticas públicas de su competencia⁹. Se trata de hacer el mejor uso estratégico de la capacidad de compra del sector público con la finalidad de conseguir objetivos sociales, ambientales o de innovación; en definitiva, objetivos comunes de interés general, más allá también del citado mercado interior europeo único.

Como sostiene GIMENO FELIÚ, la contratación pública, además de ser un medio para abastecerse de productos, servicios u obras, debe ser un mecanismo a través del cual *«los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país»*¹⁰. Consideración que, por otra parte, no resulta contradictoria con el ineludible respeto del principio de eficiencia (artículo 31.2 de la Constitución Española), reinterpretado como eficiencia global, no ya exclusivamente económica en sentido estricto; una eficiencia, pues, que conjuga la búsqueda del menor precio con la del mayor beneficio social, es decir, la obtención de la máxima rentabilidad social y ambiental de las inversiones públicas con el menor gasto posible. Así lo ha entendido el legislador español y lo ha plasmado en el artículo de cabecera de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), donde afirma que la incorporación de criterios sociales y ambientales proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, *«así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos»* (artículo 1.3).

Por su parte, la Directiva 2014/24, en su apuesta por una contratación pública que contribuya decisivamente al desarrollo sostenible, ha dado pasos que bien pueden calificarse de rotundos. De un lado, exige a los Estados miembros que, durante la ejecución de los contratos públicos, velen por el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa ambiental (artículo 18.2). De otro, asume la visión estratégica de la contratación pública abriéndola a la incorporación de consideraciones ambientales (además de las sociales y de innovación) para obtener prestaciones más respetuosas con el medio ambiente superando los mínimos legalmente exigibles; lo que se ha venido en denominar compra o contratación pública ecológica (CPE).

Mientras el cumplimiento de aquella normativa es obligatorio, la CPE ha sido hasta ahora, salvo excepciones, un instrumento de aplicación voluntaria. No obstante, la LCSP ha dado un notable impulso para conducir la CPE con

9. Por todos, GIMENO FELIÚ (2016: pp. 6-7).

10. GIMENO FELIÚ (2016: p. 5).

carácter general de la mera posibilidad a la obligación. En efecto, la LCSP exige a todas las entidades del sector público, por un lado, que en toda contratación pública incorporen de manera transversal y preceptiva criterios sociales y ambientales, siempre que guarden relación con el objeto del contrato (artículo 1.3); y, por otro, que a la hora de determinar la necesidad e idoneidad del contrato valoren la incorporación de consideraciones ambientales (así como sociales y de innovación) como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública (artículo 28.2).

Conviene recordar, no obstante, que la incorporación de consideraciones ambientales puede llevarse a cabo en todas o solamente en alguna o algunas de las fases del proceso de contratación pública, desde la preparación del contrato, la definición de su objeto y de las especificaciones técnicas, pasando por los criterios de selección, los criterios de adjudicación o las condiciones especiales de ejecución¹¹.

2. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS AMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Hace ya más de tres lustros que el Tribunal de Justicia admitió, aunque con no pocas cautelas, la incorporación de criterios o cláusulas ambientales en la contratación pública en la conocida Sentencia *Concordia Bus*¹², abriendo un proceso que ha resultado imparable desde el punto de vista normativo hasta llegar a nuestros días. Habida cuenta del tiempo transcurrido cabe formular la pregunta de hasta qué punto las entidades del sector público han venido haciendo uso efectivo de esta posibilidad, es decir, qué porcentaje de los contratos celebrados por dichas entidades acogen en la práctica consideraciones ambientales.

No es fácil contestar a esta pregunta pues a día de hoy las estadísticas con las que se cuenta no son suficientemente indicativas al no abarcar a todo o a la mayoría del sector público; y mucho menos aún si lo que se pretende averiguar es en cuántos contratos, de entre los que sí contienen cláusulas ambientales, se han utilizado como criterios de adjudicación.

En 2003, la Comisión Europea, en su Comunicación sobre política integrada de productos¹³ animó a los Estados miembros a elaborar planes de acción nacionales disponibles públicamente para hacer más ecológicas sus compras públicas. En España, en el ámbito estatal, el primer plan se aprobó por Orden

11. Véase el Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión de 20 de mayo de 2016, titulado «Criterios de CPE de la UE para el diseño, la construcción y la gestión de edificios de oficinas», SWD(2016) 180 final.

12. STJ 495/2002, de 17 de septiembre, As. C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab c. Helsingin kaupunki y HKL-Bussiliikenne*, apartados 55 a 63 y resumen en el 64.

13. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 18 de junio de 2003 sobre *Política integrada de productos. Desarrollo del concepto de ciclo de vida medioambiental*. COM(2003) 302 final.

PRE/116/2008, de 21 de enero, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros que aprueba el Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social. En él se establecen objetivos de compra pública ecológica que van desde el 25% al 70% dependiendo del grupo de productos y fase de implementación. Incluye ocho grupos de productos, servicios y obras considerados como prioritarios junto con un calendario para alcanzar objetivos específicos. Los grupos son: Construcción y mantenimiento, transporte, energía, equipos de oficina, papel/publicaciones, mobiliario, limpieza y eventos.

También fija objetivos para la reducción del consumo y la combinación energética. Así en el ámbito del transporte, por ejemplo, se establece como objetivo reducir en un 20% el consumo total de combustibles fósiles por comparación con el año 2006. Para lograrlo se propone incluir como criterio de adjudicación la clasificación de eficiencia energética contemplada en el catálogo de automóviles del IDEA, así como la incorporación de criterios de adjudicación de eficiencia energética en los contratos de servicios de mensajería de tres ministerios antes del 31 de diciembre de 2010 y en el 100% de los mismos antes del 31 de diciembre de 2015.

El cumplimiento efectivo de los objetivos marcados por el Plan fue sometido a análisis y valoración en el «Informe general sobre el estado de la Contratación Pública Verde» aprobado el 4 de noviembre de 2011¹⁴. En este Informe, y en relación con los citados servicios de mensajería, se pone de relieve que de las cuarenta y nueve entidades objeto de estudio únicamente ocho habían incorporado en sus contratos de mensajería o paquetería aspectos de eficiencia energética, si bien, otras diecisiete afirmaban no contar con este tipo de servicios. En definitiva, en 2011 de treinta y dos entidades que podrían tener servicios de mensajería, únicamente ocho habían incorporado la eficiencia energética en sus criterios de adjudicación, lo que representa un 25% de las entidades.

A mediados de 2015 el II Informe sobre la CPE¹⁵ constata que únicamente cuatro departamentos habían implantado esta medida en tales contratos: los Ministerios de Asuntos Exteriores y Cooperación (MAEC) y de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (MAGRAMA), así como el Centro Nacional de Información Geográfica (CNIG) y la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR). Cabe concluir, pues, que el objetivo marcado en el Plan de 2008 de incluir en 2015 criterios de adjudicación de eficiencia energética en el 100% de los contratos de mensajería quedó bastante lejos de conseguirse. Sin

14. Véase http://www.mapama.gob.es/es/ministerio/planes-estrategias/plan-de-contratacion-publica-verde/Contrataci%C3%B3n_P%C3%BABlica_Verde_en_la_AGE_tcm7-181224.pdf; último acceso 02-2018.

15. II Informe general sobre el estado de la contratación pública verde en la Administración General del Estado, sus organismos públicos y las entidades gestoras de la seguridad social; http://www.mapama.gob.es/es/ministerio/planes-estrategias/plan-de-contratacion-publica-ecologica/segundo-informegeneralsobreelestadodelacontratacionpublicaverdeenlaage_tcm30-88970.pdf; último acceso 06-2018.

embargo, de forma un tanto optimista, el informe concluye que el grado de implantación de esta medida es «moderado»¹⁶.

Más allá del ejemplo citado, en la tabla nº 29 del II Informe se muestra un grado medio de implantación de todas las medidas previstas que califica también de «moderado»¹⁷.

Con carácter más general y ámbito europeo, en el año 2010 se publica el estudio, financiado por la Comisión, *Strategic Use of Public Procurement in Europe*¹⁸, que pretende ofrecer, dice, una visión exhaustiva de las experiencias habidas en los Estados miembros de la Unión Europea en cuanto a la integración de otras consideraciones políticas, ambientales, sociales y de innovación, en la contratación pública.

En él se aprecia que la compra pública ecológica gana impulso en toda Europa pues son muchos los países que han desarrollado planes específicos de acción nacional en la materia, en su mayor parte desde 2005. Así, Dinamarca, Holanda, Noruega, Suecia y Gran Bretaña destacan como países pioneros en materia de CPE, con políticas a largo plazo, con elementos obligatorios, planes de criterios elaborados y esfuerzos de creación de capacidad institucionalizados y proactivos. Austria, Bélgica, Finlandia, Francia y Alemania también están particularmente avanzados, con enfoques bien establecidos y elaborados de la CPE, aunque parecen estar ligeramente retrasados con respecto a los primeros puestos en términos de comunicación, niveles de apoyo e institucionalización de la CPE.

El estudio sitúa a España en un segundo grupo de países junto a Chipre, República Checa, Islandia, Italia, Lituania, Malta, Polonia, Portugal, Eslovaquia, Eslovenia, República Eslovaca, Islandia, Italia, Lituania, Malta, Polonia, Eslovenia y Rumania, países que, pese a contar con planes de acción nacional, se observa que presentan limitados esfuerzos para apoyar su aplicación práctica.

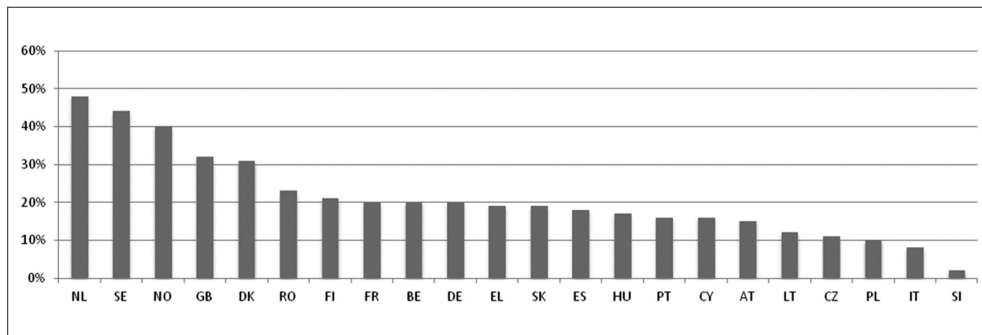
La encuesta preguntó a las autoridades de contratación sobre la frecuencia con la que incluían objetivos de CPE y sobre la proporción de contratos que incorporaban objetivos de CPE. Aunque se aprecia que el uso general de los requisitos de CPE ha alcanzado un alto nivel, en nuestro país apenas alcanza al 18% de los contratos, lo que nos sitúa a mucha distancia de los Estados líderes en la materia, ocupando el puesto decimotercero de veintidós, como se muestra en el siguiente cuadro.

16. Tabla nº 29. Resumen. Grado de implantación de las medidas; p. 49.

17. Actualmente está en elaboración un nuevo Plan de CPE que sustituirá el aprobado en 2008, nuevo Plan cuya aprobación estaba anunciada para finales de 2017. Puede consultarse el borrador en <http://www.mapama.gob.es/es/ministerio/servicios/participacion-publica/Subsecretaria-PCPE.aspx>; último acceso 06-2018.

18. KAHLENBORN, WALTER; MOSER, CHRISTINE; FRIJDAL, JOEP y ESSIG, MICHAEL (2011): *Strategic Use of Public Procurement in Europe - Final Report to the EUROPEAN COMMISSION*, MARKT/2010/02/C, Berlín: adelphi. Publicado solo en inglés.

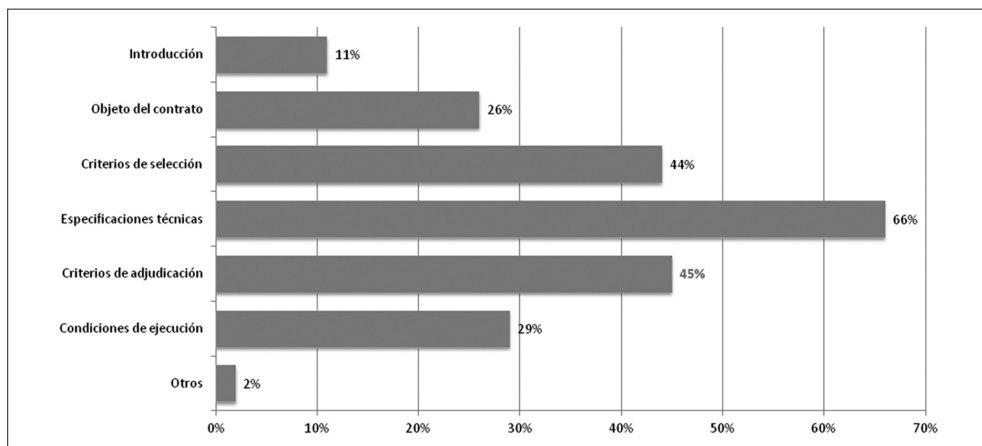
Porcentaje de contratos celebrados por los Estados miembros con arreglo a las prescripciones en materia de CPE



Fuente: *Strategic Use of Public Procurement in Europe - Final Report to the EUROPEAN COMMISSION*, p. 068, figura 19.

Por otro lado, como se recordará, la incorporación de consideraciones ambientales puede tener lugar en todas o solamente en alguna o algunas de las fases del proceso de contratación pública. En este sentido, y de nuevo con carácter general y ámbito europeo, a los criterios de adjudicación corresponde un nada despreciable porcentaje del 45% sobre el total de la CPE, según el esquema que se reproduce:

Porcentaje de uso de consideraciones ambientales en cada una de las fases de la licitación



Fuente: *Strategic Use of Public Procurement in Europe - Final Report to the EUROPEAN COMMISSION*, p. 089, figura 48.

En diciembre de 2015 se presenta un nuevo estudio, también a iniciativa de la Comisión Europea, realizado en el segundo semestre de dicho año, titulado *Strategic Use of Public Procurement in promoting green, social and innovation*

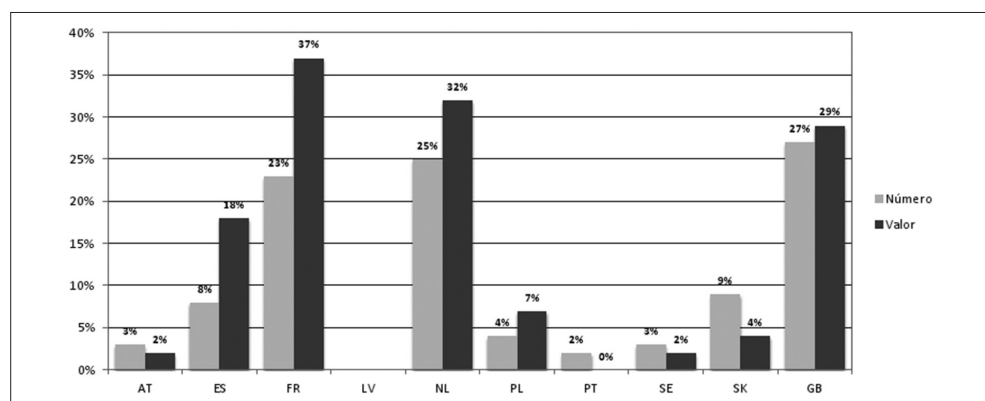
*policies*¹⁹. Con él pretende hacerse una comparación de las experiencias en la integración de las consideraciones ambientales, sociales y de innovación en la política de contratación pública habidas en diez Estados miembros de la Unión Europea previamente seleccionados, entre los que se encuentra España²⁰. Para este estudio se escogió como fuente primaria de datos la base de datos TED (*Tenders Electronic Daily*) de la UE que, como es sabido, constituye la versión en línea del suplemento del DOUE y sirve como plataforma de notificación electrónica a escala de la Unión.

Por lo que a España se refiere, el estudio identifica un total de quinientos diecisiete contratos en los que se incluyen consideraciones ambientales lo que, sobre un total de seis mil ciento quince contratos publicados, supone el 8%; su importe conjunto es de tres mil quinientos dieciocho millones de euros, lo que, sobre un total de diecinueve mil seiscientos treinta y seis millones, supone el 18%.

El documento califica el nivel de España de «medio» en comparación con los otros nueve Estados objeto del estudio lo que resultaría coherente con el grado, también medio, de institucionalización e impulso de las políticas de CPE existentes en nuestro país, toda vez que un mayor grado e intensidad de aquellas da como resultado mayores niveles de CPE.

De este estudio también se desprende, y con mayor nitidez aún, que España está aún muy lejos del grupo de cabeza, alcanzando apenas un tercio por número de contratos CPE y apenas la mitad atendiendo a su valor, respecto de Francia, Holanda y Gran Bretaña, tal y como se muestra el cuadro que se incluye a continuación.

Porcentaje de contratos, por número y valor, que incluyen requisitos de CPE en cada uno de los diez Estados miembros analizados



Fuente: *Strategic Use of Public Procurement in promoting green, social and innovation policies*, pp. 45-46.

19. Study on «*Strategic Use of Public Procurement in promoting green, social and innovation policies*». Final Report. DG GROW. Framework Contract N°MARKT/2011/023/B2/ST/FC for Evaluation, Monitoring and Impact Assessment of Internal Market DG Activities. El estudio puede consultarse en inglés en <https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/6a5a4873-b542-11e7-837e-01aa75ed71a1>; último acceso 06-2018.

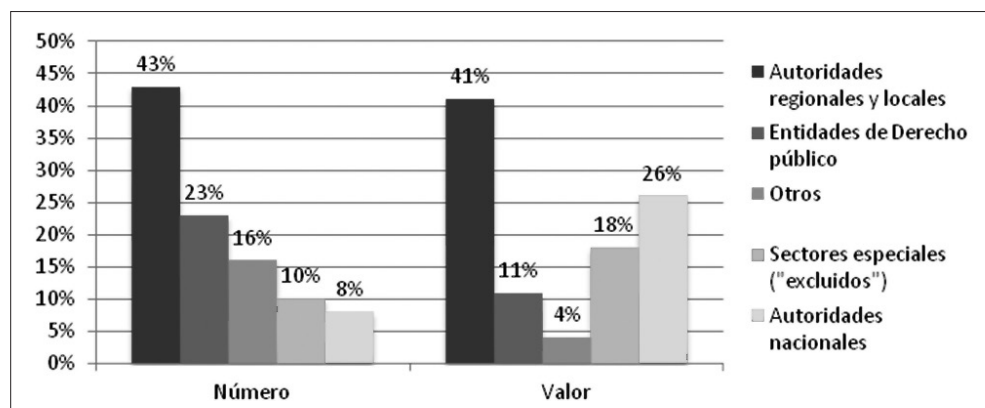
20. Dichos Estados son Austria, Eslovaquia, España, Francia, Gran Bretaña, Holanda, Letonia, Polonia, Portugal y Suecia.

Por lo que se refiere a los medios para implementar la CPE, el estudio constata que el uso de las certificaciones es generalizado en el conjunto de los Estados miembros analizados, ya que son objetivos y mensurables, contribuyen a la armonización de los criterios entre los distintos poderes adjudicadores, ayudan a verificar el cumplimiento de los requisitos y permiten, además, apoyar el control y la medición de la aceptación de la CPE. De hecho, la mayoría de los enfoques de CPE hacen referencia a las certificaciones ambientales, sistemas de gestión ambiental, etiquetas e instrumentos similares utilizados para verificar el cumplimiento de las normas ambientales.

Como medidas más extendidas se destacan el uso de materiales reciclados, los procesos de reciclaje y las energías renovables. Además, en el sector de la construcción es norma común utilizar sistemas ecológicos y maximizar el ahorro de energía. Los resultados también muestran que los términos clave de la CPE a menudo se refieren a la reducción de los riesgos ambientales relacionados con los productos o materiales peligrosos, así como a las prácticas de reciclado y al uso de productos y materiales reciclados.

Atendiendo al tipo de entidad adjudicadora, en los diez Estados miembros analizados predominan las de ámbito regional y local en cuanto al número de contratos de CPE, seguidas por organismos de Derecho público como escuelas públicas, universidades y hospitales. Las entidades de ámbito estatal presentan, en cambio, un bajo número de contratos de CPE, pero son responsables de una mayor cantidad de adquisiciones estratégicas en términos de valor.

Porcentaje de contratos, por número y valor, que incluyen requisitos de CPE atendiendo a la entidad contratante



Fuente: *Strategic Use of Public Procurement in promoting green, social and innovation policies*, p. 55.

En España, el estudio indica que las autoridades regionales y locales contratantes son los principales motores de la contratación pública estratégica, con el 54% de los procedimientos de CPE (el 58% de CPS y el 52% de CPI).

Por tipo de contrato, los servicios constituyen aproximadamente la mitad de todos los procedimientos de CPE en el conjunto de los diez Estados seleccionados, seguidos de cerca por los de suministros, mientras que los contratos de

obras públicas representan la proporción más pequeña, menos del 10%. Sin embargo, al analizar los procedimientos CPE atendiendo a su valor, la importancia relativa de los contratos de obras aumenta sustancialmente, lo que se explica en parte por el alto valor medio relativo de los proyectos de obras públicas, en comparación con los de suministros.

Por fin, en cuanto al seguimiento y evaluación de la compra pública ecológica, el informe manifiesta que España —junto con Gran Bretaña y Suecia— destaca por contar con una información de seguimiento exhaustiva y detallada. Esta conclusión se fundamenta en la publicación del II Informe general sobre el estado de la contratación pública verde en la Administración General del Estado, sus organismos públicos y las entidades gestoras de la seguridad social de 2015, al que ya se hizo alusión.

Estando en pruebas este trabajo, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) ha publicado el «Informe relativo a la contratación pública en España-2017»²¹. Se trata del primero de los informes que, con periodicidad trienal, han de elevarse a la Comisión europea para dar cumplimiento a la obligación de elaboración y remisión del Informe de supervisión de la contratación pública establecida en las Directivas de 2014 (particularmente, artículos 83 y 85 de la Directiva 2014/24), así como en el artículo 328.4 de la LCSP.

El Informe contiene un apartado especialmente dedicado a la CPE que divide en tres partes dedicadas a los principales problemas detectados, las medidas propuestas y los indicadores cuantitativos.

Como principales problemas a la hora de elaborar los pliegos destaca, en primer término, la limitación de la concurrencia que puede derivar de exigir perfiles de solvencia mediante certificaciones como la ISO 14001, el certificado EMAS, las etiquetas ecológicas o el ciclo de vida del producto. Asimismo, desde el prisma del órgano de contratación, pone de relieve la dificultad existente a la hora de introducir la CPE como criterio de adjudicación y su valoración, la falta de formación y conocimientos de los técnicos para la inclusión de aspectos ambientales en la redacción de los pliegos o en las propuestas de valoración de las ofertas, así como para la verificación del efectivo cumplimiento de las obligaciones ecológicas, en ocasiones por falta de medios. Desde el punto de vista de los operadores económicos pone de relieve las dificultades que las empresas, en particular las PYME, encuentran a la hora de obtener los documentos, certificados o etiquetas acreditativas del cumplimiento de los criterios ecológicos, así como que la cultura de la contratación pública ecológica no está lo suficientemente implantada en la práctica empresarial.

Por lo que se refiere a las medidas que el Informe propone adoptar se cita la formación y búsqueda de asesoramiento, la creación de unidades técnicas espe-

21. El Informe se refiere a los contratos sujetos a regulación armonizada celebrados en España por todos los poderes adjudicadores de todos los sectores (estatal, autonómico y local) hasta el 15 de diciembre de 2017, salvo en los ámbitos de la defensa y la seguridad. Fue aprobado el 17 de abril de 2018 y publicado el 18 de mayo siguiente. Puede consultarse en <https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/b73beca9-843f-43e4-bc89-09de10471717/2017+PUBLIC+PROCUREMENT+REPORT-SPAIN+.pdf?MOD=AJPERES>; último acceso 06-2018.

cializadas y el desarrollo de acciones formativas sobre control ambiental de proveedores y seguimiento periódico de los requisitos ambientales de los expedientes de contratación.

Los indicadores cuantitativos se reducen a dos cuadros con los porcentajes del volumen total de contratación pública nacional correspondiente a procedimientos de contratación pública con criterios de CPE:

	SP Estatal	SP Autonómico	SP Local	TOTAL
	%	%	%	%
LCSP	11,66	13,33	10,19	12
SECTORES EXCLUIDOS	20,07	21,23	30,83	26

Finalmente, el Informe confiesa la dificultad encontrada a la hora de recopilar datos relativos a la CPE como consecuencia, entre otros factores, de la dispersión de instrucciones en los diversos ámbitos, por lo que advierte de que los datos obtenidos deben tomarse con cierta cautela.

De los datos manejados se desprende como conclusión que en nuestro país la aplicación práctica de la CPE ha observado un notable avance y desarrollo, particularmente a raíz de la promulgación de la primera LCSP de 2007. Con todo, siguen siendo importantes, como el Informe de la JCCPE destaca, las dificultades que encuentra su implantación, así como que nuestra país está aún muy lejos del nivel alcanzado por los países de referencia en la materia por lo que el camino a recorrer es todavía ciertamente largo.

3. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS AMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La utilización estratégica de la contratación pública pasa por la incorporación de consideraciones ambientales, sociales o de innovación en estos procesos. Se trata de dar un paso más allá del mero cumplimiento de la legalidad e incorporar criterios ambientales en la contratación para obtener prestaciones que de ese modo cabría denominar como ecológicas o verdes, tal y como exigen los ya citados artículos 1.3 y 28.2 de la LCSP. Desde este punto de vista, la responsabilidad ambiental de la contratación pública consiste en establecer un nivel de compromiso con la protección de los intereses ambientales más allá de los mínimos legalmente exigibles, siempre que ello resulte posible, y no colisione con otros intereses también dignos de protección.

3.1. Preparación del contrato bajo un enfoque ambiental

La fase preparatoria de todo procedimiento licitatorio resulta primordial, pues primordial es asegurar la oportunidad de la celebración del contrato, la

elección del objeto, el diseño de sus características, importancia que se acrecienta cuando se pretende asumir un enfoque estratégico y, más concretamente, ambiental. Como enseña el Manual de adquisiciones ecológicas²², una correcta aplicación de la CPE precisa de una previa tarea de planificación referida a aspectos tales como la determinación del objeto para la CPE el seno de la propia organización del poder adjudicador, la fijación de prioridades y objetivos para sus actividades, la organización de una adecuada formación para su personal, así como efectuar un seguimiento del rendimiento.

Así lo impone taxativamente la LCSP; de un lado, prohibiendo celebrar otros contratos que los necesarios para el cumplimiento y realización de los fines institucionales de los entes públicos y, de otro, exigiendo que se determinen con precisión, dejando constancia en el expediente, la naturaleza y extensión de las necesidades a cubrir con el contrato, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas (artículo 28.1).

Dentro de esa tarea planificadora, a la hora de decidir cuándo y cómo integrar las consideraciones ambientales en la contratación pública resulta necesario disponer de un cierto conocimiento del mercado; por ejemplo, sobre la disponibilidad, el coste y las consecuencias de toda índole derivadas de elegir alternativas más ecológicas. En ocasiones bastará con realizar estudios de mercado en línea de carácter sencillo, capaces de proporcionar información básica; pero si se quiere integrar requisitos ambientales ambiciosos o considerar soluciones innovadoras, puede entablarse, con carácter previo a la puesta en marcha de la licitación, un diálogo con el mercado a fin de obtener una perspectiva más detallada del mismo. A tal efecto, tanto la Directiva 2014/24, como la LCSP, regulan las denominadas consultas preliminares del mercado (artículos 40 y 115, respectivamente)²³.

Por otra parte, una buena práctica consiste en comunicar al mercado con suficiente antelación qué licitaciones incluirán criterios o consideraciones ambientales de modo que los potenciales proveedores tengan tiempo suficiente para preparar sus ofertas adaptadas a los mismos. Dicha comunicación puede realizarse a través de diversas fórmulas, tales como el anuncio de información previa (artículos 48 de la Directiva 2014/24 y 134 de la LCSP), la organización de jornadas de puertas abiertas para informar a los proveedores interesados, la publicación directa a través de páginas web institucionales (como la Plataforma de Contratación del Sector Público o el perfil de contratante del poder adjudicador interconectado con aquella), etc.

22. *Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica*, 3ª ed., febrero de 2016, p. 10. Accesible en http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_es.pdf (último acceso 06-2018).

23. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2018: pp. 1-30).

3.2. Definición del objeto y las especificaciones técnicas desde un prisma ambiental

Las consideraciones ambientales pueden utilizarse en primer término en el momento previo de la elección del objeto del contrato. En efecto, puesto que los poderes adjudicadores cuentan con un amplio margen a la hora de elegir, y de perfilar, el objeto contractual que mejor responda a sus propias necesidades, pueden, e incluso deben, decantarse por productos, servicios u obras que se correspondan con sus objetivos ambientales. Se trata de elegir prestaciones que cuenten con características ambientales positivas, como podría ser la contratación de servicios de limpieza con métodos, prácticas y productos respetuosos con el medio ambiente²⁴. A tal efecto, y para enviar un mensaje claro a los operadores económicos potencialmente interesados, resulta necesario que el título del objeto contractual haga referencia expresa a dichas características ambientales. En los criterios de CPE aprobados por la Unión Europea para la inclusión de requisitos verdes en los documentos de licitación pública para diversos grupos de productos y servicios, pueden encontrarse varios ejemplos: Compra o compra e instalación de calefactores a base de agua con un bajo impacto medioambiental; construcción de edificios de oficinas nuevos de acuerdo con unos elevados estándares de eficiencia energética y comportamiento medioambiental; instalación de nuevos productos de grifería sanitaria eficientes en cuanto al consumo de agua o de los productos que los sustituyan; adquisición de productos de limpieza de uso general ecológicos.

El mero hecho de la inclusión de consideraciones ambientales en su objeto no determina, en principio, la modificación del régimen jurídico aplicable al procedimiento contractual, ni en lo que se refiere a las limitaciones para participar en la licitación, ni a los criterios de adjudicación, ni a las condiciones de ejecución, respecto de otros contratos de su misma categoría. No obstante, dicha inclusión sí tendrá incidencia en la efectiva integración de las consideraciones ambientales en las posteriores fases del procedimiento licitatorio que será potencialmente más intensa si ya desde el objeto se adopta un enfoque ambiental²⁵.

Tras la determinación del objeto y en íntima conexión con él, corresponde al órgano de contratación perfilar su contenido mediante la descripción de las especificaciones técnicas que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, así como sus condiciones sociales y ambientales (artículo 124 de la LCSP). En este sentido, advierte el artículo 126.4 de la LCSP, que siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, las especificaciones técnicas se definirán aplicando criterios de sostenibilidad y pro-

24. Así, Acuerdo de Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura de 23 de febrero de 2016, por el que se aprueba la Instrucción sobre incorporación de criterios sociales, medioambientales, de promoción de las PYME y de impulso de la sostenibilidad en la contratación pública de la Junta de Extremadura y de las entidades que integran su sector público. https://contratacion.gobex.es/index2.php?modulo=no vedades&pagina=detalle.php&id_noticia=35&origen=portada&limite=0 (última consulta 06-2018).

25. PERNAS GARCÍA (2014a: p. 352).

tección ambiental, de conformidad con las definiciones y principios, ciertamente vagos por demás, que recogen los artículos 3 y 4 de la Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación. Así pues, el enfoque de la integración ambiental ha de plasmarse en las especificaciones técnicas que deben referirse también a consideraciones o requisitos ambientales.

Las especificaciones técnicas definen las características exigidas de la prestación demandada y pueden referirse al proceso o método específico de su producción o prestación. Pero también cabe que se refieran a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de la prestación. Para ello es preciso que cumplan dos requisitos: a) que estén vinculados al objeto del contrato, aspecto al que me referiré más adelante; y b) que guarden proporción con el valor y los objetivos de este (artículos 42.1 de la Directiva 2014/24 y 126.2 de la LCSP).

Las prescripciones técnicas han de formularse con suficiente precisión y de modo transparente puesto que, por un lado, constituyen el principal elemento al que atenderán los operadores económicos para tomar la decisión de formular o no sus ofertas y, en su caso, para diseñar buena parte de su contenido y, por otro, servirán de base al poder adjudicador para efectuar la valoración de las ofertas presentadas en la posterior fase de adjudicación²⁶.

La formulación de las especificaciones técnicas admite dos maneras básicas de llevarse a cabo que, a su vez, pueden combinarse entre sí (artículo 126.5 de la LCSP).

a) En términos de rendimiento o exigencias funcionales, que incorporarán las características ambientales. Una especificación de este tipo describirá el objetivo buscado y los resultados previstos, por ejemplo, en cuanto a calidad, cantidad y fiabilidad, incluido el modo en que se medirán, pero no fija los insumos ni un método concreto de trabajo por lo que el licitador podrá proponer la solución que considere más apropiada²⁷. Este modo de formular las especificaciones técnicas resultará especialmente indicado cuando se quiera apelar a la creatividad del mercado para que presente soluciones innovadoras de carácter ambiental. Con todo, esta modalidad exige extremar el cuidado en proporcionar a los licitadores una idea clara de lo que el poder adjudicador demanda, así como en que la evaluación y comparación de las ofertas se realizará de un modo justo y transparente, asegurándose de que resulten comparables, para garantizar una competencia leal entre todos los licitadores.

b) Por referencia a especificaciones técnicas adoptando el siguiente orden de prelación: normas nacionales que transpongan las normas europeas, evaluaciones técnicas europeas, especificaciones técnicas comunes, normas internacionales, otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en defecto de todos los anteriores, normas nacionales, documentos de idoneidad técnica nacionales o especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y ejecución de obras y de uso de suministros; cada referencia irá acompañada de la mención «o equivalente».

26. STJ 211/2010, de 22 de abril, As. C-423/07, *Comisión Europea c. Reino de España*, apartado 58.

27. Véase *Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica*, cit., p. 30.

3.3. Etiquetas ecológicas

Las etiquetas ecológicas son distintivos que informan sobre los productos y servicios con menores repercusiones sobre el medio ambiente²⁸, distinguiéndolos de otros similares del mismo grupo de productos²⁹. Esta función les confiere un papel muy relevante como instrumento para el desarrollo y aplicación práctica de la CPE puesto que ayudan a los poderes adjudicadores a la hora de comprar prestaciones con un alto rendimiento o valor ambiental³⁰.

Como es sabido, las exigencias ambientales son a menudo complejas tanto en su formulación como en su posterior evaluación del cumplimiento, llegando incluso a requerir la participación de técnicos expertos. En estos casos, las etiquetas ecológicas están llamadas a jugar un papel relevante al permitir determinar de forma objetiva las características ambientales de las prestaciones, así como introducir la perspectiva del ciclo de vida, lo que evita la necesidad de acudir a la aplicación de complejas metodologías. Al propio tiempo ayudan a corregir el riesgo derivado de la mayor discrecionalidad que supone la introducción de criterios ambientales en la contratación, pues permiten aplicarlos de forma objetiva, transparente y segura³¹. Justamente por ello el artículo 127.2 de la LCSP permite que órgano de contratación, para adquirir prestaciones con características específicas de tipo ambiental o social, exija una etiqueta específica como medio de prueba de que tales prestaciones cumplen las referidas características. Las etiquetas son, por tanto, medios cualificados de prueba para demostrar que las prestaciones objeto del contrato cumplen las características recogidas en los pliegos de condiciones³².

Dicha exigencia puede tener lugar en las prescripciones técnicas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato. En el ámbito de las especificaciones técnicas las etiquetas ecológicas pueden utilizarse de dos modos; de un lado, ayudando en su elaboración para definir las características de las prestaciones a adquirir; y, de otro, permitiendo comprobar el cumplimiento de estas características, al aceptar la etiqueta como medio de prueba de que se cumplen las especificaciones técnicas. En el campo de los criterios de adjudicación las etiquetas ambientales también pueden utilizarse para ayudar en su elaboración y evaluación y son útiles asimismo para distinguir los productos y servicios más sostenibles, de sus equivalentes. Pero, además, la inclusión de todos o parte de los requisitos de las etiquetas en los criterios de

28. En la siguiente página web puede verse una lista no exhaustiva de etiquetas ecológicas de la UE e internacionales: <http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/ecolabels.pdf> (último acceso 06-2018). Por su parte, en *Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica*, cit., p. 16, se recogen varios tipos de etiquetas ambientales.

29. Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, de 4 de julio de 2001 COM(2001) 274 final.

30. LÓPEZ TOLEDO (2014: p. 19).

31. PERNAS GARCÍA (2014b: p. 22).

32. LOBO RODRIGO (2016: p. 85).

adjudicación permite ponderar estas consideraciones en función del coste o de otros factores, tales como, la disponibilidad del producto o el plazo de entrega³³.

En todo caso, los principios que presiden la contratación pública afectan también, obviamente, a las etiquetas ecológicas. De ahí que el propio artículo 127.2 para garantizar su cumplimiento, exija que las etiquetas cumplan las condiciones de vinculación al objeto, objetividad, accesibilidad, transparencia e independencia. Así pues, los órganos de contratación pueden exigir que las obras, los suministros o los servicios lleven etiquetas específicas que certifiquen determinadas características ambientales (también sociales o de otro tipo), siempre que acepten también etiquetas equivalentes que demuestren el cumplimiento de los mismos criterios objetivos, y se evite que tengan por efecto restringir la competencia. No pueden, en consecuencia, restringir la posibilidad de utilizar etiquetas equivalentes, pero la demostración de que la etiqueta es verdaderamente equivalente respecto de la exigida incumbe al operador económico que la presenta.

3.4. Requisitos para la admisibilidad de las cláusulas ambientales. Especial referencia a los criterios de adjudicación

La mencionada Sentencia *Concordia Bus* no se limitó a declarar la admisibilidad de las cláusulas ambientales en la contratación pública sino que sometió la misma al cumplimiento de cuatro requisitos: a) que estén relacionadas con el **objeto** del contrato; b) que no confieran a dicha entidad adjudicadora una **libertad** incondicional de elección; c) que se **mencionen** expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación; y d) que respeten todos los **principios** fundamentales del Derecho europeo, en particular, el principio de no discriminación.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha venido manteniéndose firme al proclamar que si bien los poderes adjudicadores han de contar con una amplia facultad de apreciación con respecto a la determinación de los criterios de adjudicación, en ningún caso dicha facultad puede interpretarse como la atribución de una libertad incondicional de elección. En consecuencia, un criterio de adjudicación es incompatible con el Derecho de la Unión en la medida en que implique la atribución a la entidad adjudicadora de una libertad incondicional de elección para la adjudicación a un licitador del contrato de que se trate³⁴.

Esta doctrina es recogida por el artículo 145.5 de la LCSP cuando exige que los criterios de adjudicación elegidos no confieran al poder adjudicador una li-

33. Vid. *Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica*, cit., pp. 33 y 50.

34. SSTJ 422/1988, de 20 de septiembre, As. 31/87, *Gebroeders Beetjes BV c. Estado de los Países Bajos*, apartado 26, y 553/2001, de 18 de octubre, As. C-19/2000, *SIAC Construction Ltd c. County Council of the County of Mayo*, apartado 37.

bertad de decisión ilimitada, aseguren la posibilidad de una competencia real y equitativa y vayan acompañados de especificaciones que permitan verificar de modo efectivo la información facilitada por los licitadores para evaluar si las ofertas cumplen los criterios de adjudicación.

Además, únicamente son legítimos aquellos criterios que se dirijan a identificar la oferta más ventajosa, o como afirma ahora el artículo 145.4 de la LCSP, criterios de adjudicación que permitan obtener prestaciones de gran calidad que respondan lo mejor posible a las necesidades del órgano de contratación. En este sentido la nueva LCSP recoge como objetivo prioritario el de la mejor relación calidad-precio mediante la utilización de una pluralidad de criterios de adjudicación económicos y cualitativos. Estos últimos pueden incluir aspectos ambientales vinculados al objeto del contrato y, entre otros, la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; el empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y la utilización de energía procedente de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; o el mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Solo «*previa justificación en el expediente*» podrá acudir al sistema de la mejor relación coste-eficacia sobre la base, bien solo del precio o bien del coste calculado con arreglo al método del ciclo de vida previsto en el artículo 148 de la propia Ley. En este último supuesto no se trata verdaderamente de un único criterio como dice el artículo 146.1, sino de varios, pero todos ellos cuantitativos, tal y como se desprende con nitidez de los artículos 145.1, 2º pfo., 148.2 y 146.3 de la LCSP.

Todos los criterios, tanto cualitativos —y entre ellos los ambientales—, como cuantitativos —y entre ellos los utilizados para calcular el coste del ciclo de vida que en buena medida apelan también a aspectos ambientales pero cuantificables—, han de estar predeterminados, prefijados, es decir, deben constar en los pliegos y también en el anuncio de licitación (expresamente, artículo 145.5 de la LCSP). Dicha predeterminación debe precisar, además, la ponderación relativa que se atribuya a cada uno de los criterios elegidos, salvo que el único criterio sea el precio, naturalmente (artículo 146.3 de la LCSP). A su vez, la ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada y cuando ello no sea posible por razones objetivas —debidamente justificadas—, los criterios elegidos se enumerarán por orden decreciente de importancia.

Se trata de garantizar el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, a los que la nueva Ley añade el de proporcionalidad, con el fin de asegurar una comparación objetiva del valor relativo de las ofertas que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, cuál es la más ventajosa. Pero el cumplimiento del principio de transparencia no se alcanza con la simple publicidad o predeterminación de los criterios sino que exige también que estén formulados con el suficiente grado de precisión, de tal modo que todos los licitadores, razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan conocer su alcance exacto y, por tanto, interpretarlos de igual forma³⁵.

35. STJ 284/2012, de 10 de mayo, As. C-368/10, *Comisión Europea c. Reino de los Países Bajos*, apartado 88.

Otro requisito esencial que deben cumplir todos los criterios de adjudicación elegidos es el de su vinculación con el objeto del contrato, es decir, con la prestación objeto del mismo, de modo que el órgano de contratación pueda comparar las ofertas de manera objetiva para determinar cuál de las mismas es la de mayor calidad y que mejor responde a sus necesidades. Así lo exige tanto la Directiva 2014/24, artículo 67.2, como la LCSP, artículo 145.5.a).

Lo primero que debe matizarse es que, si bien la exigencia surge y se desarrolla principalmente en relación con los criterios de adjudicación, lo cierto es que la vinculación al objeto debe cumplirse por todas cláusulas ambientales cualquiera que sea la fase en la que se utilicen. Así lo impone el propio artículo 1.3 de la LCSP cuando la imponer que en toda contratación pública se incorporen de manera transversal y preceptiva criterios sociales y ambientales recoge como condición que guarden relación con el objeto del contrato, previsión que encuentra desarrollo en numerosos preceptos de la Ley³⁶ y se desprende también de otra numerosa³⁷.

La jurisprudencia europea ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre este requisito a partir de la citada Sentencia *Concordia Bus*. En ella se afirmó que, toda vez que las proposiciones de los licitadores deben referirse necesariamente al objeto del contrato, los criterios de adjudicación que la entidad adjudicadora decida tener en consideración deben estar, asimismo, relacionados con el objeto del contrato³⁸. Dicha relación o vinculación pretende que los criterios elegidos permitan, por un lado, evaluar el nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, tal y como aparece definido en las especificaciones técnicas; y, por otro, evaluar la relación calidad-precio de cada oferta.

Directa relación, pues, de los criterios ambientales con las prestaciones a que se refiere el contrato. Sin perjuicio de los matices que, como se verá de inmediato, se han introducido tras la Directiva 2014/24, puede afirmarse que quedan proscritos aquellos criterios que afecten a cuestiones puramente contingentes cuya variación no afecte a la forma de ejecutar la prestación ni a sus resultados, así como también los que se refieran a circunstancias que atañen a la capacidad técnica de la empresa pero que no se hallan relacionadas con dicha prestación.

La importancia del vínculo con el objeto del contrato ha sido destacada por el ya citado Libro Verde de la Comisión para la modernización de la contratación pública pues, entre otros aspectos, asegura que la compra como tal siga siendo el elemento central del proceso, contribuyendo así a asegurar que se hace un uso eficiente del dinero público. Además, «*el vínculo con el objeto puede ayudar también a evitar que algunos operadores económicos de un país concreto puedan verse favorecidos en detrimento de los de otros Estados miembros. [...] Por ejemplo, en el*

36. Además del artículo 145, véanse los artículos 147.1, pfo. 2º, sobre los criterios de desempate, el 148.2.b) sobre los costes imputados a externalidades ambientales utilizables para calcular el coste del ciclo de vida, el 74.2 referido a los criterios de solvencia, el 126.2 relativo a la especificaciones técnicas —así como el 127.2.a), etiquetas—, o el artículo 202.1 sobre las condiciones especiales de ejecución.

37. GALLEGO CÓRCOLES (2017: pp. 66-99).

38. STJ *Concordia Bus*, apartado 59.

caso del suministro de mercancías, el requisito de que los edificios de oficinas utilizados por los licitadores se calienten exclusivamente con energía solar podría favorecer a las empresas de aquellos Estados miembros cuyas condiciones meteorológicas específicas son especialmente favorables a la tecnología solar. El vínculo entre las consideraciones relacionadas con determinadas políticas y el objeto del contrato tiene también por objeto dar seguridad y previsibilidad a las empresas. De lo contrario, si no existiera este vínculo (y si no hubiera requisitos armonizados al nivel de la UE), se podría pedir a los operadores económicos que cumplieran diferentes requisitos (relativos al porcentaje de mujeres o al número de desempleados contratados, a las instalaciones de guardería de que deben disponer los empleados, a las medidas medioambientales o de gestión de residuos, a las etiquetas ecológicas, etc.) para cada contratación o para cada poder adjudicador».

Se plantea, con todo, cuál ha de ser el grado de vinculación al objeto contractual que debe cumplirse para concluir que el criterio es aceptable desde un punto de vista jurídico y si debe o no hacerse una interpretación amplia del requisito. En este aspecto, el Tribunal de Justicia ha afirmado que no es preciso que un criterio de adjudicación se refiera a una característica intrínseca de un producto, esto es, a un elemento incorporado materialmente a él. Así, la Sentencia *Wienstrom*³⁹ admitió para un contrato de suministro de electricidad un criterio de adjudicación consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, así como que se otorgara a este criterio un coeficiente de ponderación del 45%. Por un lado, porque la referida libertad de elección no juega solo a la hora de elegir los criterios, sino también para determinar su ponderación, siempre que permita una evaluación sintética de los criterios elegidos para identificar la mejor oferta; y, por otro, porque la utilización de fuentes de energía renovables para la producción de electricidad es útil para la protección del medio ambiente en la medida en que contribuye a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero que figuran entre las principales causas del cambio climático que tanto las instituciones europeas como los Estados miembros se han comprometido a combatir⁴⁰. Si bien el producto adquirido es el mismo, electricidad, un criterio que se refiera no al producto en sí, a su cualidades físicas o materiales, sino únicamente a su modo de producción puede cumplir el requisito de vinculación al objeto del contrato⁴¹.

En la misma línea, la citada Sentencia 284/2012 concluye que, en principio, en un contrato que tiene por objeto el suministro de café, té y otros ingredientes necesarios para la elaboración de las bebidas disponibles en las máquinas expendedoras, el Derecho de la Unión no se opone a que se utilice como criterio de adjudicación el que los ingredientes que se suministren en el marco de dicho

39. STJ 651/2003, de 4 de diciembre, C-448/01, *EVN AG, Wienstrom GmbH y Republik Österreich*.

40. Con todo, cuando se establece un criterio de adjudicación el poder adjudicador debe estar en condiciones de verificar la exactitud de las informaciones facilitadas por los licitadores y como en el caso litigioso no lo estaba, el Tribunal concluyó que el criterio era contrario al Derecho europeo de la contratación pública por vulnerar el principio de igualdad de trato, puesto que en esas condiciones el criterio no garantizaba la transparencia y objetividad del procedimiento de adjudicación.

41. PERNAS GARCÍA (2013: pp. 300-303).

contrato procedan de la agricultura ecológica y del comercio justo. «No es necesario —razona el Tribunal— que un criterio de adjudicación se refiera a una característica intrínseca de un producto, es decir, a un elemento incorporado materialmente a este».

Como afirma la Abogada General en sus conclusiones al referido asunto, «es perfectamente admisible que el poder adjudicador tenga en cuenta intereses ecológicos y sociales en el procedimiento de adjudicación, lo que incluye expresamente hacer referencia en las condiciones del procedimiento de adjudicación a etiquetas en materia de medio ambiente y comercio justo». El criterio elegido «no se puede negar de antemano que tenga relación con el objeto del contrato (en este caso, el suministro de «ingredientes» como azúcar, leche en polvo y cacao), pues para un poder adjudicador que, según se desprende de la documentación del procedimiento de adjudicación, otorga valor al comercio socialmente responsable, para determinar la relación calidad-precio muy bien puede ser importante saber si los artículos suministrados fueron comprados a sus productores en condiciones justas o no. Aunque el sabor del azúcar, en sentido estricto, no es diferente en función de si ha sido adquirido de forma justa o injusta, un producto que ha llegado al mercado en condiciones injustas deja un regusto más amargo en el paladar de los clientes conscientes de la responsabilidad social»⁴².

Recogiendo esta línea jurisprudencial, la Directiva 2014/24 y en su transposición por la nueva LCSP, con el propósito de favorecer la integración de aspectos sociales y ambientales en la contratación pública, adoptan un enfoque que cabe calificar de amplio. En efecto, habilitan a los poderes adjudicadores para elegir criterios de adjudicación que guarden relación con las prestaciones objeto del contrato en cualquiera de sus aspectos y en cualquier fase de su ciclo de vida, desde la extracción de materias primas para la confección del producto hasta la fase de la eliminación del mismo, incluidos los factores que intervengan en el proceso específico de producción, prestación o comercio de dichas obras y sus condiciones, suministros o servicios, o un proceso específico en una fase ulterior de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material. Así, los artículo 67.3 de la Directiva y 145.6 de la LCSP sientan una presunción *iuris et de iure* de que los criterios de adjudicación de las ofertas están vinculados al objeto del contrato público siempre que se refieran a las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen: a) en el proceso específico de su producción, prestación, comercialización ambiental y socialmente justas o b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando tales factores no formen parte de su sustancia material. Así pues, no es preciso que tales factores formen parte de la sustancia material de la prestación adquirida, es decir, no es preciso que sean visibles o patentes en la misma⁴³. Esta amplia perspectiva permite la

42. Apartado 110 de las Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 14 de diciembre de 2011 en el asunto resuelto por la STJ de 10 de mayo de 2012 citada.

43. Véase *Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica*, cit., p. 46.

incorporación tanto de aspectos vinculados al modo de producción, como podrían ser la procedencia de la agricultura ecológica de los alimentos, la utilización de madera procedente de bosques de gestión legal y sostenible para la elaboración de muebles o la electricidad obtenida a partir de fuentes renovables ya citada, como también de criterios ambientales referidos a los procesos de prestación de un servicio o a los procesos de comercialización vinculados con prácticas de comercio justo⁴⁴.

Con todo, el requisito de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, ambiental o social de la empresa, que no cabe considerar como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios.

En definitiva, no es necesario que el criterio de adjudicación considerado afecte a aspectos de la prestación misma, sino que bastará con que dicha afectación se produzca en cualquiera de las etapas que componen su ciclo de vida. Se amplía, de este modo, el abanico de posibilidades del juego de los criterios ambientales y sociales, relajando el requisito de su vinculación con el objeto del contrato⁴⁵.

4. BIBLIOGRAFÍA

- FERNÁNDEZ ACEVEDO, RAFAEL (2017): «Retos ambientales de las nuevas Directivas. La contratación pública como herramienta», en Martín María Razquin Lizarraga (dir.), *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 77-127.
- GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL (2017): «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», en *Documentación Administrativa*, nueva época núm. 4, enero-diciembre, pp. 92-113.
- GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2016): «La nueva regulación europea de la contratación pública y su transposición en España», conferencia pronunciada en el *II Encuentro de Contratación Pública* celebrado en el Instituto Nacional de Administración Pública el 14 de junio, pp. 1-48.
- LOBO RODRIGO, ÁNGEL (2016): «Las cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública tras la aprobación de la Directiva 2014/24/UE», en Francisco L. Hernández González (dir.), *El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 73-106.
- LÓPEZ TOLEDO, PURIFICACIÓN (2014): «La contratación pública verde y su nueva regulación en el derecho de la Unión Europea», en *Contratación Administrativa Práctica* núm. 134, pp. 10-29.

44. PERNAS GARCÍA (2014b: p. 456).

45. GALLEGO CÓRCOLES (2017: pp. 99-101).

- PERNAS GARCÍA, Juan José (2014a): «La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público», en Rafael Fernández Acevedo y Patricia Valcárcel Fernández (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 345-379.
- (2014b): «Libre mercado y protección ambiental. De la ordenación administrativa de actividades económicas a la contratación pública verde», en Fernando López Ramón (coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2014*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 431-462.
- (2013): «Contratación pública y eficiencia energética», en Juan José Pernas García (dir.), *Contratación pública estratégica*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 283-328.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA (2018): «Las consultas preliminares del mercado como mecanismo para favorecer las «compras públicas inteligentes», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, por manuscrito, pp. 1-30.

Capítulo 2

¿QUIÉN CONTAMINA NO CONTRATA?: LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR VINCULADAS A LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

Teresa Medina Arnáiz

Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo

Universidad de Burgos¹

SUMARIO: I. Consideraciones previas. II. Configuración y fundamentos de las prohibiciones de contratar. III. Las causas de prohibición de contratar relacionadas con la protección del medio ambiente. 1. Prohibiciones que se anudan a una condena por sentencia firme. a) De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. b) De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. c) La aplicación de la prohibición de contratar a las personas jurídicas. 2. Prohibiciones que derivan de una sanción administrativa firme por infracción de las obligaciones aplicables en el ámbito del Derecho medioambiental. IV. Delimitación en la aplicación de las prohibiciones de contratar. 1. La apreciación de las prohibiciones de contratar. 2. Momento a partir del cual la prohibición despliega efectos jurídicos. 3. La prescripción de la acción para la imposición de una prohibición de contratar. 4. La duración de las prohibiciones. V. La prueba de no estar incurso en una prohibición de contratar. VI. Los supuestos de inaplicación de una prohibición de contratar. VII. Bibliografía

1. Este trabajo se enmarca en las actividades del Proyecto de investigación reconocido por el Ministerio de Economía y Competitividad «La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos» (DER2015-67102-C2-1-P).

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tiene por objetivo alcanzar un nivel de protección basándose en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente y en el principio de quien contamina paga.

La preservación y mejora del medio ambiente no es, sin embargo, una política aislada en la actuación pública. A nivel de la Unión Europea, la ejecución de la política medioambiental exige distintos enfoques con el objetivo de crear sinergias desde planteamientos polivalentes asegurando su complementariedad con otras políticas. De esta manera, el artículo 11 del TFUE requiere que las exigencias de la protección del medio ambiente se integren en la realización de otras políticas y acciones de la Unión y, en particular, con aquellas que suponen una parte importante del gasto público como es el caso de la contratación pública².

La incorporación de objetivos medioambientales a la contratación pública es una realidad desde que, en el año 2004, las Directivas 2004/17/CE («sectores especiales») y 2004/18/CE («sectores clásicos») posibilitaran su integración en las distintas fases del procedimiento de adjudicación contractual y la sostenibilidad ambiental se reflejara en acciones sectoriales tales como la promoción de vehículos menos contaminantes, la utilización de fuentes de energía renovables, la mejora de la eficiencia energética en los edificios públicos y en los equipos ofimáticos³.

2. Según datos publicados por la Comisión Europea en diciembre de 2016, en el año 2015 el desembolso en compras públicas en la UE se cifraba en 1.924 billones de euros que equivalen a un 13,8 % del Producto Interior Bruto (PIB) europeo, excluyendo los servicios públicos (*utilities*) y la contratación en el sector de la defensa <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/20679> [Fecha de consulta: 8 de junio de 2018].

3. Las posibilidades de integrar las preocupaciones medioambientales en la contratación pública tras la aprobación de las Directivas del año 2004 han sido analizadas por distintos autores entre los que vamos a destacar ARROWSMITH, S. y KUNZLIK, P., *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; CARANTA, R., «Sustainable Public Procurement in the EU», en la obra colectiva *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, Djøf Publishing, Copenhagen, 2010, págs. 15-51; OLLER RUBERT, M., «La inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, núm. 1, 2010, págs. 1-34; MELERO ALONSO, E., «La promoción del medio ambiente a través de la contratación pública: análisis de las cláusulas ambientales», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 260, 2010, págs. 165-203; PERNAS GARCÍA, J. J., *Contratación pública verde*, La Ley, Madrid, 2011; VÁLCARCEL FERNÁNDEZ, P., «Un paso de gigante hacia una contratación pública ambientalmente sostenible: La obligación de comprar vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes», *Contratación Administrativa Práctica*, junio 2011, págs. 48-57; GIMENO FELIÚ, J. M^a., «Compra pública estratégica», en la obra colectiva, *Contratación Pública Estratégica*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 45-80; PERNAS GARCÍA, J. J., «Contratación pública verde: hacia una mayor claridad jurídica en el uso estratégico de las compras públicas», en la obra colectiva *Observatorio de políticas ambientales 2013*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 357-374 y LÓPEZ TOLEDO, P., *La consideración de aspectos ambientales en la contratación pública*, Tesis Doctoral. Universidad de Castilla-La Mancha, 2014.

Las Directivas del 2014 pretenden consolidar esta visión estratégica de la contratación pública como un importante instrumento al servicio de los poderes públicos para alcanzar una economía más innovadora, sostenible e inclusiva⁴. De esta manera, se refuerza la idea de que la contratación puede contribuir a la consecución de los objetivos de la *Estrategia Europa 2020* a favor de un crecimiento sostenible, así como a colaborar en cumplir los compromisos europeos adquiridos en materia de clima y energía propiciando el ahorro energético y la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero⁵.

Desde esta interacción entre políticas, los factores medioambientales en la contratación pública, además de desempeñar un efecto ejemplarizante para la concienciación ambiental, contribuyen a crear un mercado de productos y servicios ecológicos y a estimular en los operadores económicos comportamientos respetuosos con el medio ambiente⁶.

Esta aseveración avala la idea, manifestada entre otros por GIMENO FELIÚ, de que la contratación pública no constituye únicamente una forma de abastecimiento, sino que es también una poderosa herramienta para el cumplimiento efectivo de otros fines o políticas públicas. Empleando sus palabras, la contratación debe ser una técnica que permita conseguir objetivos sociales, ambientales, de investigación o de innovación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos⁷.

Esta visión instrumental de la contratación pública nos ha llevado a defender la utilización de la contratación pública con el fin de orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general sin que, necesaria-

4. Se tratan de la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión («concesiones»); la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública («sectores clásicos») y la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales («servicios especiales»), de fecha 26 de febrero de 2014.

5. Para tratar de la incorporación de criterios ambientales en la contratación pública resulta imprescindible la consulta del *Manual sobre contratación pública ecológica. Buying Green Handbook*, 3ª ed., 2016 http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_es.pdf [Fecha de consulta: 8 de junio de 2018]. Aun con ello, la Comisión ha manifestado que los Estados miembros no están utilizando plenamente las posibilidades de la contratación pública como herramienta estratégica, y así lo resalta en su Comunicación *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa*, COM (2017) 572 final, de 3 de octubre de 2017, págs. 3 y 4.

6. Con la referencia temporal de la Directiva 2014/24/UE, hemos de aludir a los trabajos de GONZÁLEZ GARCÍA, J., «Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 56, octubre-diciembre 2015, pp. 13-42; SARASÍBAR IRIARTE, M., «La contratación pública se tiñe de verde», en la obra colectiva *Las nuevas Directivas de contratación pública*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 317-328; ALONSO GARCÍA, Mª C., «Las novedades introducidas por la Directiva 2014/24/UE en la contratación pública verde», en la misma obra colectiva *Las nuevas Directivas de contratación pública*, págs. 279-289 y FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «Los retos ambientales de las nuevas Directivas. La contratación como herramienta», en la obra colectiva *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 77-126.

7. GIMENO FELIÚ, J. Mª., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

mente, estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato. De este modo, el uso estratégico de la contratación pública trasciende la finalidad principal de cada contrato individualmente considerado —esto es, cubrir las necesidades del órgano de contratación— para aportar un valor añadido a la actividad contractual⁸.

El reconocimiento de la dimensión estratégica de la contratación pública está también presente en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP)⁹. Desde el primer artículo de esta Ley, relativo a su objeto y finalidad, se contempla sin ambages que en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales «en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos» y, siempre eso sí, que se respeten los principios básicos en la adjudicación contractual, esto es, los principios de concurrencia, transparencia, igualdad de trato y no discriminación.

De manera consecuente con este mandato, determinadas consideraciones de tipo ambiental se incluyen, por ejemplo, en la regulación de la solvencia técnica o profesional de los licitadores y candidatos (artículo 94 respecto de la acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental), como criterios de adjudicación del contrato (artículo 145) o bien como condiciones de ejecución contractual (artículo 202)¹⁰.

El control en el cumplimiento de la normativa medioambiental por parte de quien ya ha resultado contratista se hace valer en la LCSP vía su artículo 201. Este artículo dispone que el incumplimiento de las obligaciones medioambientales establecidas en el Derecho de la Unión Europea, el Derecho nacional, o por las disposiciones de Derecho internacional que vinculen al Estado, dará lugar a la imposición de penalidades al contratista. Asimismo, este artículo recuerda la potestad que tienen los órganos de contratación de tomar las oportunas medidas para comprobar, durante todo el procedimiento de licitación, que

8. Opinión manifestada en «Comprando para asegurar nuestro futuro: La utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», en la obra colectiva *Observatorio de contratación pública 2010*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 43-101.

9. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017).

10. En referencia a la vigente LCSP, resultan de consulta obligada GALLEGOS CÓRCOLES, I., «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *Documentación Administrativa*, núm. 4, diciembre 2017, págs. 92-113; GIMENO FELIÚ, J. M^a., «La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente», en la obra colectiva *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 47-132, ALONSO GARCÍA, M^a C., «Contratación pública ecológica», en la obra colectiva *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2703-2757 y SANZ RUBIALES, I., «La protección del ambiente en la nueva ley de contratos: del Estado meramente “comprador” al Estado “ordenador”», *Revista de Administración Pública*, núm. 205, enero-abril 2018, págs. 49-80.

los candidatos y licitadores cumplen las citadas obligaciones medioambientales y, en particular, «las establecidas en el anexo V de esta Ley»¹¹.

Desde el punto de vista del comportamiento ambiental de quien pretende ser contratista, y más allá de la exclusión de aquellas ofertas que resultan anormalmente bajas como consecuencia de no cumplir con las obligaciones aplicables en materia medioambiental, el objeto de este trabajo se centra en el estudio de la regulación de las prohibiciones de contratar en la nueva LCSP para analizar si contribuyen —o no— al respeto por la legislación ambiental. Es decir, si impedir concurrir a la licitación a quienes muestren una insuficiencia en sus cualidades profesionales por haber incumplido sus obligaciones medioambientales, por haber causado daños al medio ambiente o por suponer una amenaza de tales daños, constituye —o no— un refuerzo a la eficacia de las políticas de protección del medio ambiente.

Con carácter previo al análisis de su regulación, conviene efectuar una breve referencia a la configuración jurídica de las prohibiciones de contratar, puesto que sus peculiares características nos obligan a avanzar que éstas participan de una distinta naturaleza dependiendo del sector al que nos estemos refiriendo. Esto es así porque han sido acogidas en el Derecho penal como pena privativa de derechos por la comisión de determinados tipos delictivos y también porque se prevén como sanciones interdictivas por parte de algunas normas administrativas de carácter sectorial¹². No obstante, desde la perspectiva contractual —que es la que nos ocupa— y tal como veremos seguidamente, las prohibiciones de contratar no pueden ser calificadas de sanciones.

A este respecto, no sólo nos hemos dejado guiar por las consideraciones de nuestro Tribunal Supremo que ha declarado expresamente que las prohibiciones de contratar no tienen un carácter sancionador, sino que atendemos a sus elementos diferenciadores y, sobre todo, a sus finalidades prevalentes preventiva y punitiva o represora, según los casos. Su consideración como medidas desfavorables para el operador económico incurso en ellas, aunque no sean sancionadoras, repercute especialmente en el régimen jurídico que les resulta de aplicación.

A su estudio pasamos seguidamente.

11. El Anexo V de la LCSP —coincidente con el Anexo X de la Directiva 2014/24/UE— se refiere a las obligaciones medioambientales recogidas en el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono y su Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono; en el Convenio para el control de la eliminación y el transporte transfronterizo de residuos peligrosos (Convenio de Basilea); en el Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes (COP); en el Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional (PNUMA/FAO) (Convenio PIC), Rotterdam, 10 de septiembre de 1998, y sus tres Protocolos regionales.

12. Por razón de la materia tratada, vamos a destacar la Ley 3/1998, de 27 de febrero, General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco (artículo 117); la Ley cántabra 17/2006, de 11 de diciembre, de control ambiental integrado (artículo 45.1); la Ley 4/2009, de 14 de mayo, de protección ambiental integrada de la Región de Murcia (artículo 157.4); la Ley estatal 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (artículo 56.3) o la Ley 12/2016, de 17 de agosto, de evaluación ambiental de las Illes Balears (artículo 40.3).

II. CONFIGURACIÓN Y FUNDAMENTOS DE LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR

Las prohibiciones son medidas que limitan la actuación de una persona física o jurídica para la realización de ciertas actividades. Aplicadas al ámbito de la contratación pública, y desde la perspectiva del operador económico, se configuran como actos desfavorables en cuanto restringen su posibilidad de participar en un procedimiento de licitación. Así pues, las prohibiciones de contratar pueden definirse como impedimentos legales para poder contratar con una entidad del sector público al excluir de los procedimientos de adjudicación a quienes incurran en una serie de supuestos y circunstancias recogidos en la normativa contractual, pero que técnicamente —y en términos civilistas— no suponen una incapacidad de obrar¹³.

El establecimiento de las prohibiciones de contratar se justifica en base a una serie de valores y objetivos de interés general que se reconducen a garantizar la fiabilidad, la diligencia, la honestidad profesional y la seriedad de quien quiere contratar con el sector público¹⁴. Incluso, se ha llegado a identificar con la necesidad de que se preserve la «moralidad administrativa» del contratista «en el sentido de que no basta con que la Administración contratante obre con total sometimiento a la legislación sobre contratación pública, sino que es preciso disipar toda duda sobre la corrección de la actuación administrativa»¹⁵.

Como circunstancias que impiden la contratación, las prohibiciones de contratar deben estar reguladas por ley y aplicarse únicamente en los supuestos tasados por la norma, sin que quepa, por tanto, una interpretación analógica o extensiva. El no estar incurso en una prohibición de contratar es uno de los

13. El Consejo de Estado ha venido sosteniendo que la diferencia entre incapacidades para contratar y prohibiciones legales, es clara. Así, «la prohibición significa la selección normativa de unos valores o intereses jurídicos cuya protección se hace efectiva mediante la privación de efectos jurídicos al actuar contrario a los mismos. La incapacidad exige la definición de supuestos de inhabilidad para actuar jurídicamente mediante la realización de concretos negocios o actos jurídicos en razón de la falta de concurrencia de los requisitos mínimos que permitan discernir la existencia de un consentimiento libre y no viciado de quien tiene reconocida su capacidad jurídica general por el ordenamiento jurídico» (Dictamen núm. 830/1995, 13 de julio de 1995).

14. Así se manifiesta el TJUE en su sentencia de 10 de julio de 2014, *Consortio Stabile*, (C-358/12, EU:C:2014:2063), apartado 32, al sostener que una prohibición de contratar (causa de exclusión en terminología de la Directiva) «sirve para garantizar la realización del objetivo perseguido, ya que un impago de cotizaciones de seguridad social por un operador económico tiende a indicar la falta de fiabilidad, de diligencia y de seriedad de éste por lo que respecta al cumplimiento de sus obligaciones legales y sociales». Asimismo, nuestro Tribunal Supremo (TS), en su sentencia de 18 de marzo de 2015, manifestaba que con las prohibiciones de contratar se trata de «evitar, en aras de la debida tutela de los intereses públicos, la relación con la Administración de quienes hayan demostrado poca seriedad en su actividad empresarial» y el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su Resolución 25/2017, de 1 de febrero, indicaba que las prohibiciones de contratar se refieren a «las cualidades profesionales del licitador, a la honestidad profesional, a la solvencia y a la fiabilidad de los mismos».

15. Son palabras extraídas del Informe 10/2016, de 18 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

requisitos para poder contratar con alguna de las entidades del sector público (artículo 65.1 de la LCSP), que debe cumplir el operador económico —también en el caso de las empresas que conforman una unión temporal de empresas (UTE)¹⁶— en el momento de presentación de las proposiciones, y que debe subsistir en el momento de perfección del contrato (artículo 140.4 de la LCSP), pues de celebrarse el contrato, éste estaría viciado de nulidad de pleno derecho, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39.2.b) de la LCSP.

Ahora bien, centrado el tema en estos términos, el análisis de esta figura requiere de una interpretación acorde con las notas características expuestas desde la jurisprudencia, puesto que su concreción permitirá superar posibles disfunciones en la calificación de la prohibición de contratar exclusivamente como medida administrativa restrictiva¹⁷.

Estas prohibiciones han sido calificadas por la jurisprudencia como:

- Medidas de garantía del interés público (STS de 2 de octubre del 2000)¹⁸;
- Tachas negativas que impiden la contratación (Sentencia de la AN de 17 de abril de 2006). Las sentencias del TS de 24 de noviembre de 2004, de 28 de marzo de 2006 y de 30 de enero de 2007 (RJ 2007\830) vinculan la lista de tachas al concepto de honorabilidad;
- Medidas restrictivas de derechos (y de las libertades fundamentales de la UE) que, sin embargo, pueden estar justificadas por razones de interés general (Sentencias del TJUE de 23 de diciembre de 2009, *Serrantoni*,

16. La concurrencia de una causa de prohibición de contratar en alguna de las empresas que conforman una unión temporal, es causa suficiente para la exclusión del proceso de licitación de la UTE misma (artículo 69.8 de la LCSP «Quedará excluida también del procedimiento de adjudicación del contrato la unión temporal de empresas cuando alguna o algunas de las empresas que la integren quedase incurso en prohibición de contratar»).

17. En este sentido, resultan de interés las aportaciones doctrinales de GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., *El contratista de la Administración Pública*, Marcial Pons - Cámara de Cuentas de Andalucía, Madrid, 2000; PISELLI, E., «The scope for excluding providers who have committed criminal offences under the EU Procurement Directives», *Public Procurement Law Review*, vol. 9 (6), 2000, págs. 267-286; BERMEJO VERA, J., Voz «Prohibiciones de contratar», en el *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009, págs. 537-552; MEDINA ARNÁIZ, T., «La regulación europea de las prohibiciones de contratar y su aplicación según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en la obra colectiva *Observatorio de Contratos públicos 2014*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 173-194; RECUERDA GIRELA, M. Á., «Una aproximación a la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia», en *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia, Anuario de Derecho de la Competencia 2016*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 113-133; HUERGO LORA, A., «La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia», *REDA*, núm. 182, enero-marzo 2017, págs. 223-259. Tras la publicación de la LCSP, MEDINA ARNÁIZ, T., «Las prohibiciones de contratar», en la obra colectiva *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 749-802 y GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., «Las prohibiciones de contratar», en la obra colectiva *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 1259-1322.

18. En la sentencia del TSJ del País Vasco, de 11 de abril de 2003 se señalaba que «las prohibiciones de contratar son medidas de garantía del interés público, en tanto que constituyen uno de los instrumentos fundamentales de regulación de los mercados de contratación administrativa» (FJ 6).

C-376/08, EU:C:2009:808, apartado 44 y de 10 de julio de 2014, *Consorzio Stabile*, C-358/12, EU:C:2014:2063, apartados 30 y 31);

- Efectos de reacción del ordenamiento jurídico a determinadas conductas que se estiman atentatorias a la buena fe y confianza que deben presidir las relaciones entre Administración y quienes contratan con ella o aspiran a serlo (STS de 7 de noviembre de 2006).

Igualmente, se precisa que:

- Tienen un efecto restrictivo de la capacidad de obrar —es decir, determinan una incidencia negativa en la esfera jurídica de aquellos a quienes se imponen—, careciendo de un único fundamento, fuera del genérico relativo a la protección del interés público (STS de 7 de noviembre de 2006);
- Las prohibiciones por supuestos de incompatibilidad tienen por objeto preservar la «moralidad administrativa», evitando en modo absoluto toda sospecha sobre la rectitud y moralidad en la actuación de todas las personas que intervienen en la vida pública (STS de 17 de febrero de 1992)¹⁹;
- La prohibición de contratar no tiene carácter sancionador, si bien al ser un acto limitativo de derechos se deben aplicar ciertos principios y garantías del procedimiento sancionador (STS de 30 de enero de 2007 y STS de 31 de mayo de 2007)²⁰. Entre estas garantías se encuentra —como no puede ser de otro modo— los principios de tutela judicial efectiva y el respeto por el derecho de defensa;
- Tienen un carácter tasado y deben ser interpretadas con un criterio restrictivo (STS de 2 de octubre del 2000)²¹;
- Constituyen materia reservada a la ley, por lo cual no se pueden establecer *ex novo* por una norma reglamentaria o por parte del órgano de contratación; es decir, no es posible que los órganos de contratación

19. En una sentencia anterior, el TS ya había manifestado que en la regulación de la contratación «existe una idea básica, un principio general: el de garantizar la igualdad de oportunidades de los administrados que asegure, de paso, la moralidad administrativa, evitando confabulaciones o favoritismos» STS de 7 de abril de 1983.

20. En estas sentencias, el TS declara expresamente que a las prohibiciones de contratar no se les aplica el régimen de las sanciones administrativas, porque «no estamos ante un acto sancionador». Así se ha pronunciado también, y en reiteradas ocasiones, la Audiencia Nacional, entre otras en sus sentencias de 18 de enero de 2006; de 11 de diciembre de 2008; de 14 de mayo de 2009; de 15 de diciembre de 2011 y de 15 de abril de 2013. Ahora bien, no podemos desconocer que existen otras sentencias que reconocen el carácter de sanción a la prohibición de contratar (STS de 30 de octubre de 1995), y más recientemente la STS de 30 de abril de 2014 que habla del «ejercicio de la potestad sancionadora» al referirse a las prohibiciones de contratar.

21. También las sentencias del TS de 16 de diciembre de 1988 y de 30 de octubre de 1990. Recordemos que, los Estados miembros al transponer las Directivas sobre contratación pública pueden prever otras causas de exclusión siempre que tengan por objeto garantizar la observancia de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia, y «tales medidas no excedan de lo necesario para alcanzar este objetivo», STJUE de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, apartado 49 y de 14 de diciembre de 2016, *Connexxion Taxi Services* C-171/15, EU:C:2016:506.

incorporen a los pliegos de cláusulas administrativas particulares prohibiciones distintas de las recogidas en la normativa²²;

- La prohibición de contratar ha de imponerse con sumo cuidado tras un exquisito procedimiento administrativo y en función, estrictamente, del resultado, adecuadamente ponderado, que arrojen las pruebas practicadas, ya que no es dable admitir que la Administración pueda ejercitar una potestad, que afecta a la capacidad de una empresa para intervenir en la contratación pública, y que le priva por tanto de un derecho, a su libre decisión y sin una prueba objetivamente convincente (STS de 18 de mayo de 2011, confirmando la sentencia del TSJ Canarias de 19 de octubre de 2007);
- El procedimiento para la declaración de una prohibición de contratar es un procedimiento de oficio (STS de 30 abril 2014);
- El acto por el que se impone una prohibición de contratar produce los efectos que le son propios una vez que se cumplen los requisitos previstos en cuanto a su notificación y publicación, y esos efectos sólo podrán cesar cuando recurrido el acto ante la jurisdicción se acuerde la suspensión del mismo si lo considera procedente (STS de 13 de diciembre de 2006);
- La prohibición de contratar, cualquiera que sea su naturaleza, por aplicación del principio de seguridad jurídica, ha de tener un plazo de prescripción, si bien no puede aplicarse los plazos de prescripción que la legislación administrativa prevé para las sanciones, ya que no poseen la misma naturaleza jurídica (STS de 7 de noviembre de 2006);
- La validez del contrato exige unas específicas condiciones personales de los sujetos, fueren personas físicas o personas jurídicas, que pretendan contratar con la Administración a fin de no caer en nulidad de la adjudicación (STS de 30 de enero de 2007);
- La adjudicación del contrato a personas que se hallen incurso en alguna de las prohibiciones de contratar determina la nulidad de pleno derecho de la adjudicación (STS de 4 de octubre de 2005);
- Las prohibiciones de contratar persiguen una finalidad preventiva: evitar, en aras de la debida tutela de los intereses públicos, la relación con la Administración de quienes hayan demostrado poca seriedad en su acti-

22. Entre otras sentencias, la STS de 20 de diciembre de 1995 «La capacidad para contratar, y todo lo que sobre ella incide, como son las prohibiciones para contratar, constituyen materia reservada en la ley [por ello] es clara la improcedencia de introducir prohibiciones de contratar mediante normas que tengan rango inferior a la ley, y mucho más si tienen tan ínfima jerarquía normativa como la que corresponde a la examinada: «Pliego de Condiciones Particulares» (...) en materia de prohibiciones contractuales el límite lo establece la ley y no las peculiares relaciones contractuales que en cada caso se establezcan, en virtud de la individualidad de cada contrato. Es decir, en materia de prohibiciones contractuales administrativas el monopolio de su establecimiento corresponde a quien pertenece el poder de dictar normas con rango formal de ley. Las autoridades administrativas carecen de facultad para incorporar prohibiciones contractuales a los contratos que celebren, por muy razonables que puedan parecer éstas» (FJ 6).

vidad empresarial. Tal prevención está justificada ante cualquier práctica empresarial defectuosa o reproachable, bien haya sido intencional, bien negligente (STS de 18 de marzo de 2015, confirmando la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2014)²³.

Habida cuenta del conjunto de elementos expuestos, estamos en disposición de aportar una definición propia de prohibiciones de contratar que es la que vamos a emplear a lo largo de este capítulo y que se vincula en exclusiva a la normativa de contratos públicos.

De esta manera —y completando la definición ya esbozada— las prohibiciones de contratar se configuran como limitaciones a la posibilidad de resultar contratista de un contrato público, de tal manera que pueden definirse como medidas administrativas, aplicadas por los órganos de contratación, que impiden contratar a quienes incurran en una serie de circunstancias que, a juicio del legislador, presuponen una falta de fiabilidad en el licitador o de imparcialidad en la selección del contratista.

Como técnicas de intervención en el mercado público su finalidad es, de una parte, disuasoria para obtener el mayor grado de cumplimiento de las obligaciones que derivan del ordenamiento jurídico y, de otra, preventiva para asegurar que el contrato no va a verse frustrado por haber elegido como contratista a quien no reunía las condiciones necesarias para ello o ha dado muestras de poca integridad y seriedad. Así, podríamos afirmar que las prohibiciones de contratar pretenden la defensa de los intereses implícitos en los procedimientos de adjudicación contractual público desde la igualdad y la leal competencia entre operadores económicos²⁴.

III. LAS CAUSAS DE PROHIBICIÓN DE CONTRATAR RELACIONADAS CON LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

Las prohibiciones de contratar se encuentran reguladas en el Libro I de la LCSP y, más concretamente, en el artículo 71 que contempla los distintos motivos de prohibición, en el artículo 72 que se refiere a la competencia y al proce-

23. Contraria a esta aseveración se muestra, por ejemplo, la STSJ de Murcia, de 10 de octubre de 2014, en el que se trata sobre una prohibición de contratar por resolución contractual «dicha prohibición exige un plus en el incumplimiento, ya que para declararla se impone por la Ley que el contratista haya incurrido en una manifestación mala fe contractual y además que los daños causados al interés público sean cierta entidad».

24. En trabajos anteriores, habíamos señalado que las prohibiciones de contratar podían entenderse igualmente como medidas específicas fijadas por el ordenamiento jurídico para incentivar la probidad de los sujetos involucrados en los procedimientos de contratación pública, en MEDINA ARNÁIZ, T., «La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104-II, enero-abril 2016, págs. 77-113.

dimiento para la apreciación de una prohibición de contratar, en el artículo 73 que trata sobre los efectos de la declaración de la prohibición de contratar y en el artículo 85 que versa sobre la prueba de la no concurrencia de una prohibición de contratar. En menor medida, aunque no menos importante, en los artículos referidos a las certificaciones de Registros de licitadores (artículo 96) y a la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos (artículo 140)²⁵.

Bajo la rúbrica «prohibiciones de contratar», el artículo 71 de la LCSP relaciona una serie de circunstancias cuya concurrencia en el operador económico determina su imposibilidad para celebrar un contrato con cualquiera de las entidades que forman parte del sector público, con lo que se mantiene la unificación del ámbito subjetivo de aplicación de las prohibiciones de contratar que ya recogía el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP) tras su modificación por parte de la Disposición final novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público²⁶.

De la difícil lectura de este artículo 71, únicamente vamos a centrar nuestra atención en aquellas prohibiciones vinculadas a conductas que guardan conexión con la protección del medio ambiente. Para ello, en primer lugar, es preciso señalar que el concepto de medio ambiente va a quedar delimitado materialmente a partir de una serie de circunstancias objetivas que impiden la contratación con el sector público de quien se halle incurso en ellas (artículo 71.1. a) y b) LCSP). En segundo lugar, cabe indicarse que estas conductas no resultan autónomas, ni propias de la regulación contractual por cuanto se concretan por remisión —incluso, como veremos, por una remisión «en blanco»— a ciertas infracciones del ordenamiento jurídico y siempre como consecuencia de una condena penal o una sanción administrativa previa.

Asimismo, cabe señalar que, estas prohibiciones van a examinarse teniendo en cuenta que, como impedimentos para poder contratar, deben ser interpretadas taxativamente por cuanto suponen una restricción a la participación en la licitación y a la apertura a la competencia que preside la aplicación de las normas de la contratación pública²⁷.

25. El régimen debiera completarse con la mención al Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

26. Cabe recordar que el texto original del TRLCSPP, distinguía entre las circunstancias que impedían la contratación con todas las entidades del sector público (artículo 60.1 del TRLCSPP) y cuando sólo impedían contratar con las Administraciones públicas (artículo 60.2 del TRLCSPP). Con la redacción del artículo 60 del TRLCSPP, tras la Ley 40/2015, desapareció la distinción entre las causas que afectaban a la totalidad del sector público, y las que afectaban a las Administraciones públicas.

27. En este sentido, hemos de recordar que uno de los objetivos de las normas de la Unión en materia de contratos públicos es la apertura a la competencia lo más amplia posible, tal como señala el TJUE en sus sentencias de 13 de diciembre de 2007, *Bayerischer Rundfunk y otros*, C-337/06, EU:C:2007:786, apartado 39; de 19 de mayo de 2009, *Assitur*, C-538/07, EU:C:2009:317, apartado 26; de 23 de diciembre de 2009, *Serrantoni y Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, apartado 40 y de 22 de octubre de 2015, *Impresa Edilux y SICEF*, C-425/14, EU:C:2015:721, apartado 36.

1. Prohibiciones de contratar que se anudan a una condena por sentencia firme (artículo 71.1.a) LCSP)

Las circunstancias configuradas legalmente como prohibiciones de contratar por parte del artículo 71.1.a) de la LCSP tienen como presupuesto fáctico la condena mediante sentencia firme por la comisión de determinados delitos o la imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, prevista en el artículo 45 del Código Penal²⁸.

A este respecto, insistimos en destacar que nos encontramos ante un supuesto de prohibición de contratar en el ámbito administrativo anudada a la condición de haber sido objeto de una condena mediante sentencia judicial firme —por tanto, que ha adquirido firmeza y ya no es recurrible— sin que esa condena lleve necesariamente aparejada la pena de prohibición de contratar, puesto que es una decisión que no corresponde establecer a los órganos de contratación.

El catálogo de los tipos delictivos cuya condena habilitan una prohibición de contratar es: (i) tasado y, por tanto, no se puede aplicar a tipos delictivos no previstos en este artículo; (ii) su redacción se ajusta a la denominación de los delitos previstos en el Código penal y (iii) supera la obligación fijada por las Directivas sobre contratación pública que esencialmente se referían a la participación en una organización delictiva, corrupción, fraude, delito de terrorismo o ligado a actividades terroristas, blanqueo de capitales o trata de seres humanos.

Referido a este último extremo, hemos de recordar que el legislador de la Unión distingue entre motivos de exclusión obligatorios y facultativos, de tal manera que ha adoptado normas de carácter armonizador a nivel europeo respecto de las causas de exclusión obligatorias exigiendo que se recojan en las normativas internas de todos los Estados miembros (artículo 57.1 de la Directiva sobre contratación pública («sectores clásicos») y el artículo 38.4 de la Directiva sobre concesiones). Sin embargo, posibilita que los Estados miembros establezcan otras prohibiciones vinculadas a la falta de idoneidad profesional, económica y personal del operador económico, siempre que respeten el principio de igualdad de trato entre los licitadores y se observe, además, el principio de proporcionalidad en cuanto a su imposición (artículo 57.4 de la Directiva 2014/24/UE y jurisprudencia del TJUE)²⁹.

28. El artículo 45 del Código Penal, entre las penas privativas de derechos, señala que «La inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena».

29. Entre las distintas sentencias del TJUE que se refieren a esta materia, cabe citar las 9 de febrero de 2006, *La Cascina y otros*, (C-226/04 y C-228/04, EU:C:2006:94); de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731); de 19 de mayo de 2009, *Assitur* (C-538/07, EU:C:2009:317); de 23 de diciembre de 2009, *Serrantoni* (C-376/08, EU:C:2009:808); de 10 de noviembre de 2016, *Ciclat* (C-199/15, EU:C:2016:853); de 14 de diciembre de 2016, *Connexxion Taxi Services* (C-171/15, EU:C:2016:506); de 4 de mayo de 2017, *Esaprojekt*, (C-387/14, EU:C:2017:338) y de 8 de febrero de 2018, *Lloyd's of London* (C-144/07, EU:C:2018:78), apartados 29 y 30.

De esta manera, en la selección de los delitos que el legislador nacional ha realizado para habilitar una prohibición de contratar se han incorporado los delitos contra el medio ambiente³⁰, si bien, el artículo 71.1.a) comprende, de una manera generalizada, los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, que se corresponden con el Título XVI del Código Penal (en adelante CP).

«No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme por (...) delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio».

a. De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo

En el Capítulo correspondiente a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, hemos de destacar el tipo delictivo previsto en el artículo 319 del CP por cuanto pudiera afectar, a título de autor, a quienes quieren ser contratistas públicos.

Este artículo, en su primer apartado, sanciona con inhabilitación especial para profesión u oficio «a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección», y en el segundo, por estas mismas conductas realizadas «en suelo no urbanizable».

Asimismo, y es importante destacarlo, si el responsable de estos hechos fuera una persona jurídica, el apartado cuarto de este mismo artículo, prevé la posibilidad de que los jueces y tribunales puedan imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33, que incluyen expresamente la prohibición para contratar con el sector público por un plazo que no podrá exceder de quince años (letra f).

b. De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

El Código Penal español también tipifica como delitos determinados atentados a valores ambientales ante la necesidad de su protección a través de instrumentos de carácter sancionador más allá de los mecanismos de tutela

30. Podemos entender que se trata de la transposición del artículo 57.4. a) y c) de la Directiva 2014/24/UE que se refiere a los motivos de exclusión facultativos, si bien en el ordenamiento español fue la Ley 30/2007, de 30 de octubre, la que al transponer el artículo 45 de la Directiva 2004/18/CE incorporó a las prohibiciones de contratar la condena por los delitos contra el medio ambiente.

previstos en la normativa administrativa (básicamente, permisos, licencias, prohibiciones y sanciones)³¹.

En efecto, los artículos 325 a 331 del Código Penal —y más en concreto sus artículos 325, 326 y 326 bis denominados genéricamente «delitos ecológicos»— señalan una serie de conductas contaminadoras que (i) bien causan o pueden causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo, del subsuelo o de las aguas (terrestres, subterráneas o marítimas, incluido alta mar), a animales o plantas, (ii) o bien pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

Sobre la premisa de una actuación contraria a las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, los hechos descritos como delictivos abarcan tipologías tales como «emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos», y comprenden acciones de recoger, transportar, valorizar, transformar, eliminar o aprovechar residuos, no controlar o vigilar adecuadamente tales actividades y la «explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos».

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 328, en el supuesto que una persona jurídica sea declarada responsable de estos delitos, los jueces y tribunales podrán imponer la prohibición para contratar con el sector público por un plazo que no podrá exceder de quince años (letra f) del apartado 7 del artículo 33 del CP).

c. La aplicación de la prohibición de contratar a las personas jurídicas

Más allá de la complejidad que anima el debate dogmático acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y de la posibilidad que, en una condena penal, los jueces y tribunales puedan imponer a las mismas la pena de prohibición de contratar, el segundo párrafo del artículo 71.1.a) de la LCSP contiene una previsión dirigida a establecer en qué medida estas prohibiciones de contratar resultan aplicables a las personas jurídicas.

Esta previsión se concreta en dos supuestos: (i) que la propia persona jurídica sea declarada responsable de los hechos delictivos, puesto que, como hemos indicado en nuestro Derecho, ya se ha superado el principio tradicional según el cual sólo las personas físicas podían ser sujeto activo del delito —bajo el aforismo *societas delinquere non potest*³²— y (ii) por la sentencia condenatoria por alguno de los tipos delictivos recogidos en este mismo artículo «a sus administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese».

31. En el ordenamiento español, la necesidad de una protección penal se confirma en el propio Texto Constitucional (artículo 45) que, además de proclamar la importancia de la tutela del medio ambiente, impone expresamente la obligación de establecer sanciones penales, «o en su caso, administrativas».

32. La posibilidad de responsabilidad penal a las personas jurídicas se contempla a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

2. Prohibiciones que derivan de una sanción administrativa firme por infracción de las obligaciones aplicables en el ámbito del Derecho medioambiental (artículo 71.1.b)

Bajo esta temática vamos a examinar aquellas prohibiciones que se anudan a una previa sanción administrativa y que, al igual que en el supuesto anterior, requieren que la resolución sea firme³³.

Estas prohibiciones tienen un carácter dependiente respecto de una sanción administrativa, en tanto que sin dicha sanción previa no es posible impedir a un operador económico que participe en una licitación. No se trata de prohibiciones de contratar por «mero» incumplimiento de las obligaciones medioambientales, pues el supuesto habilitador de la prohibición es la adopción de una resolución sancionadora con carácter firme por la comisión de infracciones muy graves —y sólo muy graves— en el sector donde éstas se concretan, y que no siempre contemplan la prohibición de contratar como medida accesoría.

Esta dependencia se manifiesta, igualmente, en las materias sectoriales que recogen qué comportamientos menoscaban o perjudican el medio ambiente. En este sentido, el artículo 71.1.b) de la LCSP presenta una importante novedad respecto del TRLCSP en tanto que no se refiere a disposiciones administrativas concretas, sino que alude únicamente a infracciones muy graves «en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente»³⁴.

Lo deseable es que la LCSP hubiera concretado las conductas habilitadoras de la prohibición de contratar, pero el no hacerlo no puede suponer que deje de aplicarse a conductas tipificadas como infracciones muy graves en aquellas normas que tengan establecidas la protección al medioambiente como eje principal (por ejemplo, en materia de control de la contaminación o protección de los recursos naturales) o aquellas que puedan establecerse por la legislación sectorial (por ejemplo, conductas contrarias a la normativa reguladora de autorizaciones ambientales, en materia de vertidos, de residuos, aguas, calidad del aire, flora, fauna, etc.) y tanto en el ámbito estatal como en el autonómico.

33. A estos efectos conviene recordar que es doctrina unánimemente admitida en nuestro ordenamiento jurídico que la firmeza de una resolución administrativa sólo se produce en el doble supuesto de que haya sido consentida por no haber sido objeto de la correspondiente impugnación en la vía jurisdiccional o porque producida la misma se haya resuelto en dicha vía sin posibilidad de ulterior recurso (Véase Informe 2/2016, de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid).

34. El artículo 60.1.b) del TRLCSP establecía la prohibición por haber sido sancionadas con carácter firme por infracción muy grave en materia medioambiental, de acuerdo con lo establecido en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental; en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres; en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases; en la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos; en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

IV. DELIMITACIÓN EN LA APLICACIÓN DE LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR

Respecto de su ámbito objetivo de aplicación, cabe indicarse que las prohibiciones rigen para todos los tipos contractuales sometidos a la LCSP. Ahora bien, a este respecto es necesario hacer dos precisiones: Primera, según lo dispuesto en su artículo 65.3, en el supuesto de tratarse de contratos subvencionados sólo serán tenidas en cuenta las causas de prohibición de contratar a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 71, esto es, la condena mediante sentencia judicial firme por determinados tipos delictivos, y no el resto de los supuestos recogidos en este mismo artículo. Y segunda, aun cuando los contratos patrimoniales están excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP (artículo 9) —y según la opinión mantenida por la Junta Consultiva de Contratación del Estado— las prohibiciones de contratar de la normativa contractual pudieran resultar también aplicables a las concesiones sobre bienes y derechos demaniales dado el juego de remisiones legislativas realizadas desde la legislación patrimonial³⁵.

Asimismo, dada la rotundidad con la que se manifiesta el artículo 65.1 de la LCSP, el requisito de no estar incurso en prohibición de contratar es exigible a todos los contratos públicos con independencia de su tipología, finalidad o cuantía. Por ello, entendemos que estas prohibiciones de contratar resultan también aplicables a los contratos menores, aun a pesar de que del artículo 131.3 de esta misma norma parece desprenderse que los licitadores únicamente deben contar con capacidad de obrar y título habilitante, y no referirse a la solvencia, ni a la ausencia de prohibiciones de contratar³⁶. Una cuestión diferente es el modo en que deba de acreditarse la ausencia de prohibiciones dadas las peculiaridades procedimentales de los contratos menores.

35. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha afirmado que, dada la remisión de la normativa local en materia de bienes patrimoniales a la normativa de contratación con respecto a la preparación y adjudicación de los contratos, resulta de aplicación a los contratos patrimoniales la prohibición de contratar por razón de incompatibilidades (Informes 25/2008, de 29 de enero de 2009; 54/2008, de 31 de marzo de 2009, y 50/11, de 1 de marzo de 2012). Contraria a este criterio, se ha mostrado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, al sostener que «la exclusión con carácter general de los contratos patrimoniales del TRLCSP conlleva que no son de aplicación a los contratos patrimoniales las prohibiciones de contratar del artículo 60 TRLCSP» (Informes 4/2009, de 15 de abril; 10/2012, de 15 de septiembre; 15/2014, de 25 de junio y 9/2017, de 26 de julio).

36. Conforme al artículo 131.3 de la LCSP, «los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación». Esta misma previsión, pero en referencia al artículo 122.3 de la Ley de Contratos del Sector Público del año 2000, fue objeto del Informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado quien señaló que la «limitación de exigencia de requisitos de aptitud a la capacidad de obrar y al título habilitante ha de entenderse en el sentido de que no es preciso acreditar documentalmente más que la una y el otro. Sin embargo, evidentemente, si la empresa adjudicataria se encuentra en prohibición de contratar y esta circunstancia es del conocimiento del órgano de contratación debe ser tenida en cuenta». En este mismo sentido se manifiestan sus Informes 13/1996, de 7 de marzo de 1996 y 29/2001, de 13 de noviembre.

El análisis de las prohibiciones de contratar debe efectuarse también sobre la base de un criterio temporal que tome en consideración el factor tiempo para corroborar la existencia de una prohibición de contratar, pero también para fijar el momento a partir del cual una prohibición despliega efectos y sirva para determinar su duración. En este apartado vamos a abordar estas cuestiones.

1. La apreciación de las prohibiciones de contratar

Debemos tener en cuenta que, el cumplimiento de los requisitos para poder contratar se aprecia por parte de los órganos de contratación antes de la adjudicación del contrato y que, por otra parte, las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar deben concurrir en el operador económico a la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato (artículo 140.4 de la LCSP).

2. Momento a partir del cual la prohibición de contratar despliega efectos jurídicos

Como cualquier otra medida administrativa, la exclusión de un operador económico del procedimiento de adjudicación deberá producir efectos jurídicos una vez que se tome en consideración por parte del órgano competente para ello o bien se declare mediante resolución administrativa y siempre que ésta sea firme en vía administrativa o judicial tras la interposición de los recursos pertinentes.

Ahora bien, para determinar el momento a partir del cual una prohibición de contratar despliega efectos jurídicos es necesario distinguir entre las causas de prohibición de contratar y, más concretamente, diferenciar (i) si el supuesto fáctico que habilita la prohibición de contratar exige una previa sentencia o resolución administrativa firme como sucede en los supuestos de prohibición de contratar de los apartados a, b, del artículo 71.1 de la LCSP³⁷, o si (ii) no existe una sentencia o resolución administrativa que acredite la existencia del motivo de exclusión.

En los supuestos de la existencia de una sentencia o sanción firme, la LCSP establece que las prohibiciones de contratar «producirán efectos desde la fecha en que devinieron firmes la sentencia o la resolución administrativa en los casos en que aquella o ésta se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición. En el resto de supuestos, los efectos se producirán

37. GOSÁLBEZ PEQUEÑO trata sobre el carácter declarativo o constitutivo de las declaraciones de las prohibiciones de contratar distinguiendo los supuestos de apreciación automática por parte de los órganos de contratación de aquellos otros que requerían un procedimiento administrativo, GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., *El contratista (...)*, op. cit., págs. 259 a 263.

desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente» (artículo 73.3 de la LCSP)³⁸.

Es así que, si la sentencia o resolución administrativa no se refiere a la prohibición de contratar, será necesario un previo y específico procedimiento administrativo que declare la prohibición. De esta manera, y aunque la Ley no instituye un procedimiento concreto, lo que resulta claro es que debe darse audiencia al operador económico para que no vea frustrado su derecho de defensa contra una medida que le resulta desfavorable. En este mismo sentido, a este procedimiento le resultarán aplicables todas las garantías de cualquier procedimiento sancionador por cuanto la declaración de una prohibición de contratar afecta negativamente a los derechos e intereses del operador, aun no tratándose de una sanción.

3. La prescripción de la acción para la imposición de la prohibición de contratar

Las prohibiciones de contratar deben tener un plazo de prescripción para su imposición por aplicación del principio de seguridad jurídica³⁹. La prescripción supone una garantía para al operador económico al saber que transcurrido un determinado plazo —que será el que en cada supuesto disponga la normativa— sin que tenga conocimiento del comienzo de un procedimiento de declaración de la prohibición de contratar ya no puede ejercitarse la acción para su imposición.

Así, el artículo 72.7 de la LCSP señala distintos plazos (uno general, uno especial y otro por remisión al Código penal) dentro de los cuales los órganos que fueran los competentes para declarar la prohibición pudieran dar inicio al procedimiento de declaración de la prohibición de contratar.

(i) En el supuesto de una prohibición por sentencia judicial firme, el procedimiento para su apreciación —de ser éste necesario— no podría iniciarse una vez transcurrido el plazo previsto para la prescripción de la correspondiente pena. (ii) En el supuesto de una prohibición de contratar por la no formalización de un contrato adjudicado, el procedimiento no podrá incoarse «si hubiesen transcurrido más de tres meses desde que se produjo la adjudicación», y (iii) en las restantes causas de prohibición de contratar, se prevé un plazo de tres años

38. Resulta de interés el esquema relativo a las prohibiciones de contratar en la LCSP que ha publicado la JCCA del Estado en <http://www.minhfp.gob.es> (Fecha de consulta: 8 de junio de 2018).

39. Así se ha manifestado el TS en su sentencia de 7 de noviembre de 2006 «la prohibición de contratar ha de tener un plazo de prescripción, ya que no es dable admitir que la Administración pueda ejercitar una potestad, que afecta a la capacidad de una empresa para intervenir en la contratación Pública, y que le priva por tanto de un derecho, en cualquier momento y a su libre decisión y sin plazo, y siendo ello así, ante la falta de regulación expresa de la norma que regula las prohibiciones de contratar se habrá de acudir a la integración de tal laguna». Sobre esta materia también resulta de interés la referencia a la sentencia del TS de 30 de abril de 2014.

que, en el caso de la prohibición vinculada a una sanción administrativa firme tiene como fecha de inicio (*dies a quo*) la firmeza de la resolución sancionadora.

4. La duración de las prohibiciones de contratar

La LCSP señala un plazo máximo de duración de las prohibiciones de contratar en su artículo 72.6, si bien sólo se refiere a las prohibiciones que precisan una previa declaración, puesto que, para las prohibiciones de apreciación automática por parte del órgano de contratación, la Ley prevé que éstas subsistan «mientras concurren las circunstancias que en cada caso las determinan» (artículo 72.1 de la LCSP).

Así pues, de conformidad con el tenor del artículo 72.6, podemos distinguir un plazo general de duración que no podrá exceder de tres años, y un plazo especial —para el supuesto de las prohibiciones de contratar que traen causa en una sentencia judicial— que distingue entre si la sentencia contiene un pronunciamiento expreso, y entonces se atenderá a dicho plazo máximo, o si la sentencia guarda silencio, en cuyo caso la duración de la prohibición «no podrá exceder de cinco años desde la fecha de la condena por sentencia firme».

Entiendo que esta previsión especial es también aplicable al supuesto de una resolución administrativa sancionadora que impone una prohibición de contratar (el supuesto del artículo 71.1.b), pero lo cierto es que la LCSP nada dice a este respecto.

En cualquiera de los casos, cabe decir que estas previsiones aportan seguridad jurídica en tanto que evitan la «muerte civil» del operador económico que incurre en un supuesto de prohibición de contratar, a la vez que los operadores económicos pueden conocer con mayor concreción los efectos de su actuación. De esta manera, la fijación del máximo período de exclusión coincidiría con su comportamiento doloso o de mala fe y, muy especialmente, con unos mayores daños y perjuicios causados a los intereses públicos, según dispone el artículo 19.4 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La LCSP no señala, sin embargo, un período mínimo de duración de la prohibición de contratar, ni tampoco existen reglas que lo determinen más allá de manifestar la poca entidad del daño causado al interés general con la conducta del operador económico. En la práctica, la prohibición de contratar de menor duración publicada en el BOE fue de un mes y un día⁴⁰.

40. Resolución de 1 de septiembre de 2005, de la Dirección General de Patrimonio del Estado, por la que se hace pública la declaración de la prohibición de contratar de D. Santiago Santana Cazorla (BOE núm. 223, de 17 de septiembre de 2005, corrección de errores de 20 de septiembre). Otras prohibiciones de corta duración han sido de dos meses a la empresa Thyssenkrupp Elevadores S.L a la que se refiere la STS de 18 de marzo de 2015 (RJ 2015\2796) o de tres meses a D. Miquel Boixadera Vilajosana (BOE núm. 7, de 8 de enero de 1998) y a D. Mariano Pastrana de la Calle (BOE núm. 192, de 9 de agosto de 2010). La relación completa de prohibiciones vigentes inscritas en el ROLECE

V. LA PRUEBA POR PARTE DEL OPERADOR ECONÓMICO DE NO ESTAR INCURSO EN UNA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

Como venimos señalando, la regulación de las prohibiciones para contratar, la apreciación de las mismas y los efectos de su declaración se contiene en los artículos 71, 72 y 73 de la LCSP, pero las referencias a la acreditación de la no concurrencia de una prohibición de contratar las encontramos en el artículo 85 de este mismo texto legal.

Dicho esto, y centrando la cuestión en los términos del artículo 85 de la LCSP relativo a la prueba de la no concurrencia de una prohibición de contratar, procede señalar que la Ley, al igual que ya lo hicieran sus predecesoras⁴¹, contempla tres posibles medios de prueba: (i) testimonio judicial o (ii) certificación administrativa, pudiendo ser sustituido por una (iii) declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado⁴².

En la práctica, y como reconocía la Junta Consultiva de Contratación del Estado, ante la dificultad que representa obtener testimonios judiciales o determinadas certificaciones administrativas que contemplen todos los supuestos de no incursión en una de las prohibiciones de contratar previstas en la legislación, se ha generalizado el uso de las declaraciones responsables, aun cuando la Ley sigue hablando de una utilización subsidiaria cuando no se pueda expedir certificación por la autoridad competente.

A este respecto, y al margen de estos supuestos documentales, cabe indicarse que la constatación de la existencia de una prohibición de contratar inscrita en un Registro de licitadores (por ejemplo, en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público) «tiene un carácter objetivo y reglado, en el que ni la mesa, ni el órgano de contratación, pueden ni deben valorar las causas que dieron origen a dicha prohibición, limitándose a aplicarla en sus propios términos»⁴³.

puede ser obtenida (en formato «texto delimitado por tabuladores») mediante el siguiente enlace: prohibicionesDeContratar.txt (relación a fecha 31 de mayo de 2018).

41. En la regulación actual, sin embargo, ya no aparece la referencia a que «Cuando se trate de empresas de Estados miembros de la Unión Europea y esta posibilidad esté prevista en la legislación del Estado respectivo, podrá también sustituirse por una declaración responsable, otorgada ante una autoridad judicial» (artículo 73.2 del TRLCSP).

42. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 48/98, de 17 de marzo de 1999, ya señalaba que «no existe en la normativa reguladora de los contratos de las Administraciones Públicas otra forma de acreditación ni otra competencia de intervención en la expedición de los documentos acreditativos del hecho de no estar incursas las empresas en causa de prohibición de contratar».

43. Acuerdo 21/2017, de 2 de marzo de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

VI. LOS SUPUESTOS DE INAPLICACIÓN DE LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR

El legislador europeo al tiempo que fijaba el establecimiento de prohibiciones de contratar de carácter obligatorio —y como cierre del sistema—, desde el año 2004, ha venido modulando sus efectos a través de la posibilidad de exceptuar su aplicación por razones de interés general.

«Los Estados miembros deben poder establecer excepciones a dichas exclusiones obligatorias en circunstancias excepcionales, cuando necesidades imperativas de interés general hagan indispensable la adjudicación de un contrato. Ello podría ocurrir, por ejemplo, cuando vacunas o equipos de emergencia que se requieran urgentemente solo puedan adquirirse a un operador económico al que se aplique alguna de las razones obligatorias de exclusión» (considerando centésimo de la Directiva 2014/24/UE).

Es así que, el Derecho de la Unión autoriza a los Estados miembros a establecer excepciones a la aplicación de tales prohibiciones en determinadas circunstancias para compatibilizar los objetivos de las prohibiciones de contratar con la garantía del principio de concurrencia que preside la tramitación contractual. De esta manera, las Directivas del año 2014 incorporan a sus articulados una mayor flexibilización respecto a las reglas de selección del contratista al tomar en consideración situaciones específicas de los operadores económicos y que cumplen formalmente con la exigencia de seguridad jurídica al recoger en sus textos ejemplos claros y precisos de los motivos de excepción en la aplicación de las prohibiciones de contratar⁴⁴.

La vigente regulación ha establecido cinco grupos de excepciones supeditados al cumplimiento de ciertas condiciones y que distingue los supuestos según se trate de derogar prohibiciones de contratar obligatorias o facultativas para los Estados miembros⁴⁵. Estas excepciones son las siguientes: (i) las derivadas de la existencia de razones imperiosas de interés general; (ii) las que atienden a motivos económicos; (iii) las que se basan en un juicio de proporcionalidad; (iv) aquellas vinculadas a la regularización tributaria y (v) aquellas relacionadas con el comportamiento del operador económico a través de la puesta en práctica de medidas de corrección.

En relación con las medidas autocorrectoras, de autolimpieza o de *«self-cleaning»*⁴⁶, y en atención al principio de proporcionalidad que exige que las

44. En el considerando centésimo de la Directiva 2014/24/UE podemos encontrar el ejemplo más claro en este sentido, al indicar que «por ejemplo, cuando vacunas o equipos de emergencia que se requieran urgentemente solo puedan adquirirse a un operador económico al que se aplique alguna de las razones obligatorias de exclusión».

45. Las referencias normativas van a hacerse, principalmente, al artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE («sectores clásicos»), si bien, y como ya hemos manifestado en distintas ocasiones, también tienen reflejo en el artículo 38 de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión («concesiones»).

46. La incorporación al texto de este anglicismo deriva de la conveniencia de recoger como préstamo lingüístico la expresión utilizada en la mayor parte de la doctrina —tanto de lengua inglesa,

prohibiciones no excedan de lo que resulta apropiado y necesario para lograr los objetivos propuestos por las Directivas, se contempla la posibilidad de evitar su aplicación a través del establecimiento de medidas de autocorrección cuando los candidatos o licitadores en los que concurre un motivo de exclusión han adoptado mecanismos eficaces para corregir las consecuencias de su inadecuado comportamiento e impedir de manera efectiva que éste se vuelva a repetir.

Estas medidas incorporan a la contratación una opción de política criminal para lograr uno de los objetivos perseguidos con las prohibiciones de contratar, esto es, promover la integridad, pero sin la pérdida de competitividad que supone tener que excluir a ciertos operadores económicos de los procedimientos de adjudicación⁴⁷. Éste es, de hecho, uno de los argumentos principales esgrimidos por quienes defienden la inclusión de estas medidas de corrección en la normativa contractual, pues frente al deber legal que supone para el órgano de contratación la exclusión de un licitador o candidato que se encuentra incurso en una situación de prohibición de contratar, entienden que deben arbitrarse vías que permitan excepciones a la misma si se muestran garantías suficientes respecto de la implementación de un modelo de organización, gestión y control idóneo para la prevención de delitos y conductas contrarias a la norma⁴⁸.

En todo caso, el reconocimiento legal de estas pautas de conducta redefine el alcance, e incluso el fundamento de las prohibiciones de contratar, puesto que la adopción por parte del operador económico de medidas para reparar y prevenir en el futuro comportamientos «inapropiados» no se contemplan como criterios de atenuación de responsabilidad en un procedimiento de declaración de la prohibición de contratar —como sería, por ejemplo, para determinar la duración de la prohibición de contratar— si no como exención, ya que «cuando estas medidas ofrezcan garantías suficientes, se debe dejar de excluir por estos motivos al operador económico de que se trate» (considerando centésimo segundo de la Directiva 2014/24/UE).

No obstante, del debate respecto de su aceptación, señalamos que existe una cierta tensión que se refleja en dos posiciones opuestas bajo las cuales se presentan quienes defienden un distinto tratamiento para los operadores económicos cumplidores y para quienes han vulnerado la normativa y después pretenden remediar las consecuencias jurídicas negativas derivadas de dicho incumplimien-

como no— al referirse a esta materia, aunque lo cierto es que el término *self-cleaning* deriva de la traducción del vocablo alemán «*Selbstreinigung*».

47. En este sentido, hemos de insistir que uno de los objetivos de las normas de la Unión en materia de contratos públicos es la apertura a la competencia, tal como señala el TJUE en sus sentencias de 13 de diciembre de 2007, *Bayerischer Rundfunk y otros*, C-337/06, EU:C:2007:786, apartado 39 y de 23 de diciembre de 2009, *CoNISMa*, C-305/08, EU:C:2009:807, apartado 37.

48. Entre otros, S. ARROWSMITH; H.-J. PRIEß, y P. FRITON, «Self-Cleaning as a Defence to Exclusions for Misconduct - an Emerging Concept in EC Public Procurement Law?», *Public Procurement Law Review*, vol. 18 (6), 2009 y E. HJELMENG y T. SØREIDE, «Debarment in public procurement: rationales and realization», en la obra colectiva *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Bruylant, Bruselas, 2014, págs. 215-232.

to y quienes abogan por propiciar la redención de los infractores⁴⁹. En cualquier caso, prescindiendo de las posibles dudas sobre la necesidad o, incluso, conveniencia en su regulación —que insistimos, han sido resueltas por la propia LCSP al recoger expresamente las medidas de *self-cleaning* en su articulado— lo cierto es que éstas responden, si bien mínimamente, a la exigencia de seguridad jurídica que precisan las excepciones en términos de legalidad.

El acierto de la LCSP es, por tanto, contemplar alguno de los supuestos de inaplicación de las prohibiciones de contratar, ya que la obligatoriedad de contemplar dichas medidas deriva del derecho que se reconoce en las Directivas al operador económico para que demuestre su fiabilidad, pese a la existencia de una causa de prohibición de contratar. Ahora bien, tal como se contemplan en su artículo 72.5, no parece que cumplan con la exigencia de una correcta transposición.

Este artículo prescribe que:

«No procederá, sin embargo, declarar la prohibición de contratar cuando, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia. Este párrafo no resultará de aplicación cuando resulte aplicable la causa de prohibición de contratar a que se refiere el artículo 71.1, letra a).»

No se trata de reproducir literalmente las disposiciones de las Directivas —como han hecho otros Estados miembros— pero, por lo menos, sí de contemplar todas las acciones del operador económico que posibilitan su «rehabilitación» en la participación en un procedimiento de adjudicación, tal y como se recogen en las propias Directivas: (i) que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado; (ii) que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y, (iii) que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar la comisión de futuros delitos o infracciones administrativas.

49. En la tramitación parlamentaria de la LCSP, el Grupo parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea plantea que «Las prohibiciones de contratar, que están acotadas en el tiempo, son una de las únicas vías que tienen los poderes públicos para castigar a las empresas que no cumplan las normas. Además, no se entendería que una empresa o administrador que acaba de ser condenado por un delito o falta grave pueda contratar de forma inmediata pagando —o prometiendo pagar— la indemnización y asegurando que tomará medidas para que no vuelva a ocurrir». Enmienda núm. 66, publicada en el BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 2-2, de 16 de marzo de 2017.

La LCSP parece preocuparse únicamente por el tercero de los requisitos, sin contemplar el resto de los condicionantes impuestos por las Directivas, y sin atender, en el supuesto que nos ocupa, que los delitos e infracciones administrativas por razón de la protección del medio ambiente conllevan de manera necesaria la obligación, según los casos, de restauración de la legalidad ambiental, la prevención y la reparación de los daños medioambientales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, M^a C., «Contratación pública ecológica», en la obra colectiva *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2703-2757.
- ALONSO GARCÍA, M^a C., «Las novedades introducidas por la Directiva 2014/24/UE en la contratación pública verde», en la obra colectiva *Las nuevas Directivas de contratación pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 279-289.
- ARROWSMITH, S. y KUNZLIK, P., *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- ARROWSMITH, S., PRIESS, H.-J. y FRITON, P., «Self-Cleaning as a Defence to Exclusions for Misconduct - An Emerging Concept in EC Public Procurement Law?», *Public Procurement Law Review*, vol. 18 (6), 2009, págs. 257-282.
- BERMEJO VERA, J., «Las prohibiciones de contratar en la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. monográfico El Derecho de los Contratos del Sector Público, 2008, págs. 109-140.
- BERMEJO VERA, J., Voz «Prohibiciones de contratar», en el *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009, págs. 537-552.
- CARANTA, R., «Sustainable Public Procurement in the EU», en la obra colectiva *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, Djøf Publishing, Copenhagen, 2010, págs. 15-51.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «Los retos ambientales de las nuevas Directivas. La contratación como herramienta», en la obra colectiva *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 77-126.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «La integración de aspectos medioambientales en la contratación pública», en la obra colectiva *Derecho ambiental y transformaciones de la actividad de las Administraciones públicas*, Atelier, Barcelona, 2010, págs. 123-159.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *Documentación Administrativa*, núm. 4, diciembre 2017, págs. 92-113.
- GIMENO FELIÚ, J. M^a., «Compra pública estratégica», en la obra colectiva, *Contratación Pública Estratégica*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 45-80.

- GIMENO FELIÚ, J. M^a., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- GIMENO FELIÚ, J. M^a., «La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente», en la obra colectiva *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 47-132.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J., «Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 56, octubre-diciembre 2015, pp. 13-42.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., «Las prohibiciones de contratar», en la obra colectiva *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 1259-1322.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., *El contratista de la Administración Pública*, Marcial Pons - Cámara de Cuentas de Andalucía, Madrid, 2000.
- HJELMENG, E y SØREIDE, T., «Debarment in public procurement: rationales and realization», en la obra colectiva *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Bruylant, Bruselas, 2014, págs. 215-232.
- HUERGO LORA, A., «La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia», *REDA*, núm. 182, enero-marzo 2017, págs. 223-259.
- LÓPEZ TOLEDO, P., *La consideración de aspectos ambientales en la contratación pública*, Tesis Doctoral. Universidad de Castilla-La Mancha, 2014.
- MEDINA ARNÁIZ, T., «Comprando para asegurar nuestro futuro: La utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», en la obra colectiva *Observatorio de contratación pública 2010*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 43-101.
- MEDINA ARNÁIZ, T., «La regulación europea de las prohibiciones de contratar y su aplicación según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en la obra colectiva *Observatorio de Contratos públicos 2014*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 173-194.
- MEDINA ARNÁIZ, T., «Las prohibiciones de contratar», en la obra colectiva *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 749-802.
- MELERO ALONSO, E., «La promoción del medio ambiente a través de la contratación pública: análisis de las cláusulas ambientales», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 260, 2010, págs. 165-203.
- MIRANZO DÍAZ, J., «Hacia una Administración pública sostenible: Novedades en la legislación europea de contratación pública», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 64, enero 2017.
- MORENO MOLINA, J. A., (Director) *Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*, Wolters Kluwer-El Consultor, Madrid, 2016.
- OLLER RUBERT, M., «La inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, núm. 1, 2010, págs. 1-34.

- PERNAS GARCÍA, J. J., «Contratación pública verde: hacia una mayor claridad jurídica en el uso estratégico de las compras públicas», en la obra colectiva *Observatorio de políticas ambientales 2013*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 357-374.
- PERNAS GARCÍA, J. J., *Contratación pública verde*, La Ley, Madrid, 2011.
- PISELLI, E., «The scope for excluding providers who have committed criminal offences under the EU Procurement Directives», *Public Procurement Law Review*, vol. 9 (6), 2000, págs. 267-286.
- PRIESS, H-J, «The Rules on Exclusion and Self-Cleaning under the 2014 Public Procurement Directive», *Public Procurement Law Review*, vol. 23 (3), 2014, págs. 112-123.
- RAZQUIZ LIZARRAGA, M. M^a., «Mecanismos para la inclusión de cláusulas ambientales en los contratos públicos», en la obra colectiva *Nueva contratación pública: Mercado y medio ambiente*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 147-178.
- RECUERDA GIRELA, M. Á., «Una aproximación a la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia», en *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*, *Anuario de Derecho de la Competencia 2016*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 113-133.
- SANZ RUBIALES, I., «La protección del ambiente en la nueva ley de contratos: del Estado meramente “comprador” al Estado “ordenador”», *Revista de Administración Pública*, núm. 205, enero-abril 2018, págs. 49-80.
- SARASÍBAR IRIARTE, M., «La contratación pública se tiñe de verde», en la obra colectiva *Las nuevas Directivas de contratación pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 317-328.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «Un paso de gigante hacia una contratación pública ambientalmente sostenible: La obligación de comprar vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes», *Contratación Administrativa Práctica*, junio 2011, págs. 48-57.

Capítulo 3

CRITERIOS DE SOLVENCIA Y EXIGIBILIDAD DE CERTIFICADOS DE GESTIÓN AMBIENTAL*

Patricia Valcárcel Fernández

Profesora Titular de Derecho Administrativo (acreditada a Catedrática)
Universidad de Vigo

Beatriz Gómez Fariñas

Investigadora Contratada Predoctoral del Área de Derecho Administrativo
Universidad de Vigo

I. LA INCLUSIÓN DE CRITERIOS MEDIOAMBIENTALES EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA

La contratación pública, tradicionalmente orientada a la adquisición por parte de los entes del sector público de los bienes y servicios necesarios para desarrollar sus funciones al menor coste posible, ha sufrido una importante transformación en los últimos tiempos¹. Su singular importancia económica

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación titulado: «El tiempo de las reformas administrativas: hacia la excelencia en la contratación pública (Smart Procurement) a través de compras eficaces, estratégicas y transnacionales», (Ref: DER2015-67102-C2-2-P).

1. GALLEGO CÓRCOLES, Isabel; «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *Revista Documentación Administrativa. Nueva Época*, núm. 4, 2017, págs. 93-96. Sobre el concepto de «contratación pública», *vid.* ARROWSMITH, Sue; *Public Procurement Regulation: an introduction*, University of Nottingham, Nottingham, 2010, pág. 1; y TREPTE, Peter; *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pág. 27.

—representa en torno a un 14% del PIB de la Unión Europea²— y socio-jurídica hace que sea preciso dejar atrás la vetusta concepción de las compras públicas como un fin en sí mismo, es decir, como una mera forma de abastecimiento formulada en términos de eficiencia. Antes bien, la contratación pública ha de ser entendida como una potente herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos que les permite satisfacer, de forma indirecta y complementaria, otros fines o políticas públicas³. Como bien recuerda GIMENO FELIÚ⁴, la contratación pública puede y debería ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales y de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos.

La incorporación de estas «políticas secundarias u horizontales»⁵ nos acerca a una visión estratégica o instrumental de la contratación pública que, orientada hacia una mayor satisfacción del interés general, goza de la entidad suficiente para encauzar el comportamiento de los operadores económicos hacia modelos empresariales más sostenibles y socialmente responsables⁶. Desde la

2. En atención a los datos publicados por la Comisión Europea, en el año 2015 las compras públicas en el marco de la Unión Europea se cifraron en 2015.3 billones de euros (excluidos los servicios públicos), lo que supone un incremento del 4,2% respecto del año anterior. Además, se estima que esta actividad representa un promedio del 13% del PIB de los distintos Estados miembros. Estos datos han sido extraídos del documento de la Comisión Europea *Public Procurement Indicators 2015*, de 9 de diciembre de 2016, disponible en el siguiente enlace: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/20679/attachments/1/translations/en/renditions/pdf>

3. En este sentido, Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 16/2015, de 4 de noviembre. Acerca de la contratación pública como un mecanismo de ejecución de políticas públicas, véase RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; «La contratación del sector público como política pública», en *Contratación Pública Estratégica* (Dir. Juan José Pernas García), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 31-44.

4. GIMENO FELIÚ, José María; *El Nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 39.

5. La terminología utilizada por la doctrina para referirse a este tipo de políticas públicas ha sido variada. ARROWSMITH muestra una clara preferencia por el término «políticas horizontales» al entender que es lo suficientemente genérico como para incluir todo tipo de políticas (económicas, sociales, medioambientales, etc.) y, a diferencia del término «secundarias», no implica una subordinación de las mismas respecto del objetivo principal de la contratación pública. Por su parte, TERESA MEDINA utiliza el término «objetivos secundarios» para referirse a aquellos objetivos que, a pesar de que no justifican la contratación, conllevan una mejora con respecto a la situación preexistente. *Vid.* ARROWSMITH, Sue; «Horizontal Policies in Public Procurement: A Taxonomy», *Journal of Public Procurement*, vol. 10, núm. 2, 2010, págs. 149-150; y MEDINA ARNÁIZ, Teresa; «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», en *Observatorio de los Contratos Públicos 2010* (Dir. José María Gimeno Feliú), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 46.

6. FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael; «Los retos ambientales de las nuevas directivas: la contratación pública como herramienta», en *Nueva contratación pública: Mercado y Medio Ambiente* (Dir. Martín María Razquin Lizarraga; José Francisco Alenza García), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 77-82. Sobre el concepto de «sostenibilidad», véase DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana; «Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects», en *Modernising public procurement: the new Directive* (Francois Lichere; Roberto Caranta; Steen Treumer), DJØF Publishing, Copenhagen, 2014, págs. 301-335.

óptica ambiental, la creciente preocupación de los ciudadanos por la conservación y aprovechamiento de los recursos naturales demanda que los poderes públicos asuman un papel activo en la protección del nuestro entorno. La Comisión Europea ha puesto el acento sobre esta cuestión en su *Comunicación Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*⁷, que sintetiza las líneas maestras de las políticas comunitarias para los próximos años e identifica la promoción de una economía más verde y competitiva como uno de sus objetivos prioritarios.

La oportunidad de avanzar hacia una contratación pública respetuosa con el medio ambiente ha sido bien recibida en el ámbito europeo, tal y como demuestra la progresiva inclusión de referencias a aspectos medioambientales en las Directivas sobre contratación pública y la publicación de distintos documentos de *soft-law* llamando la atención a este respecto⁸. En particular, esta pretensión ya había encontrado un hueco evidente en las Directivas 2004/17/CE⁹ y 2004/18/CE¹⁰, que preveían la incorporación de aspectos de índole ambiental a lo largo de las distintas fases del procedimiento de adjudicación. Por su parte, las Directivas del año 2014 avanzan en esa misma dirección, si bien introducen algunas aclaraciones y precisiones sobre el modo en que los órganos de contratación pueden contribuir a la protección del medio ambiente y fomentar un desarrollo sostenible a la vez que garantizan el principio de eficiencia del gasto público¹¹.

En el ámbito del Derecho interno, la incorporación de aspectos medioambientales en la contratación pública no ha estado exenta de polémica y hasta la aprobación de las Directivas del año 2014 se encontrada rodeada por un halo de incertidumbre¹². Sin embargo, con la reciente aprobación de la Ley 9/2017,

7. Comunicación de la Comisión *Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM(2010) 2020, Bruselas, 3.3.2010.

8. Entre los numerosos documentos elaborados por la Comisión Europea que se refieren a esta cuestión cabe destacar el Libro Verde *«La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro»* (COM (96) 583 final, 26.11.1996); la Comunicación sobre *«La legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos medioambientales en la contratación pública»* (COM (2001) 274 final, 4.07.2001); la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *«Contratación pública para un medio ambiente mejor»* (COM(2008) 400 final, 16.07.2008); y el Libro verde sobre *«La modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente»* (COM (2011) 15 final, de 27.01.2011).

9. Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DOUE L134, de 30 de abril de 2004).

10. Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DOUE L134, de 30 de abril de 2004).

11. Considerando 91 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DOUE L94, de 28 de marzo de 2014).

12. Entre las voces discordantes, resulta especialmente significativo el *Informe y Conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública en*

de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), el legislador español apuesta con firmeza por una contratación estratégica. Esta nueva ley no se limita a una mera actualización formal de la legislación anterior en materia de contratos públicos, sino que introduce cambios sustanciales y aboga por la incorporación preceptiva y transversal de criterios sociales y medioambientales en toda la contratación pública¹³. Así lo dispone su artículo 1.3, de acuerdo con el cual:

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

La ubicación sistemática de este precepto denota una clara declaración de intenciones por parte del legislador y deja entrever el camino a seguir en los próximos años, que nos conduce inexorablemente hacia un modelo de compras públicas sensible con las necesidades de la sociedad. De hecho, en relación con la salvaguarda del medio ambiente, el Gobierno ha querido dar un paso más y ha optado por la creación de una Comisión Interministerial para la incorporación y utilización de criterios ecológicos en la contratación pública¹⁴.

Tal y como reza la LCSP, la incorporación de criterios medioambientales en el seno de un contrato público puede tener lugar a lo largo de las distintas fases que componen el procedimiento de contratación, desde la definición del objeto del contrato, pasando por la selección de licitadores, hasta alcanzar la adjudicación del contrato e incluso su ejecución. En este trabajo centraremos nuestra atención en los criterios de solvencia ambientales y, más concretamente, en la posibilidad prevista por la legislación de contratos públicos de exigir a los candidatos una serie de certificados de gestión ambiental.

España (2004), según el cual: «No parece coherente con la estructura lógica del procedimiento de contratación, ni con su finalidad, que circunstancias tales como el número de trabajadores empleados, la proporción de trabajadores con contratos de determinadas características o pertenecientes a colectivos con dificultades de acceso al empleo (jóvenes que buscan su primer empleo, mayores de cincuenta años, mujeres, discapacitados, ...), las características medioambientales de la empresa u otras similares de contenido o naturaleza «social» sean incorporadas como criterios de valoración (...) Por otra parte, existen en la actualidad mecanismos jurídicos alternativos —o complementarios, si prefiere decirse así— para estimular o desincentivar determinadas conductas desde el punto de vista social o medioambiental» (págs. 145-147).

13. GALLEGO CÓRCOLES, Isabel; «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *op. cit.*, págs. 96-99.

14. Real Decreto 6/2018, de 12 de enero, por el que se crea la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios ecológicos en la contratación pública.

II. LOS CRITERIOS DE SOLVENCIA EN MATERIA AMBIENTAL

1. Aspectos generales

El artículo 65.1 de la LCSP enumera los requisitos que han de cumplir todos aquellos operadores económicos que deseen contratar con el sector público, que se concretan en los que a continuación se exponen: i) ser una persona natural o jurídica, ya sea española o extranjera; ii) tener plena capacidad de obrar; iii) no estar incurso en alguna prohibición de contratar; y iv) acreditar su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija la Ley, encontrarse debidamente clasificados.

De este modo, la normativa en materia de contratación pública supedita la facultad de contratar con las entidades públicas al cumplimiento de una serie de presupuestos —tanto de carácter positivo como negativo— que han de ser cumplidos por todos los candidatos¹⁵. Los «requisitos positivos» son aquellos que toman en consideración la capacidad del empresario, su situación económica y financiera o su competencia profesional. De otro lado, los «requisitos negativos» —conocidos también como prohibiciones de contratar— aluden a determinadas situaciones en las que no pueden estar incursos los candidatos y que impiden su participación en el procedimiento de contratación pública, fundamentadas en la comisión de hechos delictivos, prácticas deshonestas u otras circunstancias reprobables¹⁶. En definitiva, estas cautelas tienen por finalidad garantizar la idoneidad del contratista para hacerse cargo de las obligaciones que del contrato se deriven, así como evitar la contratación con personas poco fiables o deshonestas.

Centrando nuestra atención en la primera de estas vertientes, es preciso señalar que tradicionalmente la normativa en materia de contratos públicos ha venido exigiendo que las personas que deseen contratar con el sector público demuestren su solvencia, esto es, que acrediten que cuentan con la aptitud suficiente para llevar el contrato a buen término¹⁷. En este sentido, el artículo 71.1

15. MEDINA ARNÁIZ, Teresa; «Las prohibiciones de contratar en la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista de Estudios Locales CUNAL*, Monográfico 2017: La nueva Ley de Contratos del Sector Público, 2017, pág. 156; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia; «Promoción de la igualdad de género a través de la contratación pública», en *Contratación Pública estratégica* (Juan José Pernas García), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 336-346.

16. En este sentido, MORENO MOLINA, José Antonio; *Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pág. 146; y MEDINA ARNÁIZ, Teresa; «Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: Perspectiva europea y su incidencia en la legislación española», en *La contratación pública a debate: presente y futuro* (Dir. Rafael Fernández Acevedo; Patricia Valcárcel Fernández), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 237. Un estudio detallado sobre esta cuestión podemos encontrarlo en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto; «Las prohibiciones de contratar», en *Tratado de Contratos del Sector Público*, (Dir. Eduardo Gámero Casado; Isabel Gallego Córcoles), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 1259-1322.

17. A este respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 36/07 de 5 de julio de 2007, ha definido la solvencia de las empresas como «un soporte fundamental del sistema de selección del candidato a la adjudicación del contrato que permite identificar cuáles son las empre-

de la LCSP dispone que los empresarios que tengan visos de celebrar contratos con el sector público deben acreditar que reúnen las condiciones mínimas de solvencia, tanto económica y financiera como técnica o profesional, que hayan sido determinadas por el órgano de contratación. La exigencia de una determinada solvencia económica y financiera tiene por objeto asegurar que los operadores económicos disponen de los recursos necesarios para continuar en el mercado durante el tiempo que dure el contrato y afrontar cualquier eventual responsabilidad legal que pueda surgir en dicho íterin¹⁸. Por su parte, la solvencia técnica o profesional implica que los candidatos tengan la habilidad necesaria para afrontar la ejecución del contrato, en atención a su objeto y de acuerdo con las especificaciones técnicas previstas en la documentación contractual.

A la hora de determinar las condiciones de solvencia, los órganos de contratación gozan de un margen de apreciación significativo que les permite, no solamente determinar cuáles son esos requisitos mínimos que los candidatos han de cumplir para poder concurrir a la licitación, sino también los medios a través de los cuales han de acreditar esta circunstancia. Eso sí, como regla general dichos órganos no pueden exigir más documentos que los previstos en los artículos 87 a 91 de la LCSP. Hablamos de regla general porque, a continuación, la nueva legislación española sobre contratos públicos introduce una serie de excepciones al tradicional carácter tasado de los medios para probar la solvencia. Así, el artículo 86.1 de la citada ley recoge la posibilidad de que, de forma adicional a los documentos previstos en los artículos antes referidos y previa justificación, los órganos contratantes admitan otros medios de prueba distintos en relación con aquellos contratos que no se encuentren sujetos a regulación armonizada. A su vez, cuando un operador económico acredite de forma válida que no está en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación, debe ser autorizado a probar su solvencia económica y financiera a través de cualquier otro documentos que el poder adjudicador considere apropiado. La nueva ley de contratos, aún sin renunciar al carácter tasado de los medios probatorios legalmente previstos, concede en este punto un plus de flexibilidad de actuación a los órganos de contratación y amplía siquiera tímidamente el abanico de posibilidades a disposición de los operadores económicos para probar su solvencia.

Ahora bien, las condiciones de solvencia establecidas por los órganos de contratación se encuentran sujetas a una serie de limitaciones previstas en el art. 74.2 de la LCSP y que, como a continuación veremos, juegan un papel esencial cuando de la incorporación de criterios medioambientales se trata. Estas limitaciones hacen referencia, de un lado, a la necesaria publicidad de estas condiciones en aras de garantizar los principios de transparencia e igualdad de trato, de

sas idóneas, constituyendo el acierto en su determinación y, en su aplicación, un importante beneficio para el órgano de contratación».

18. ARROWSMITH, Sue; *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3ª Ed., Sweet & Maxwell, London, 2014, pág. 1190.

forma que han de indicarse en el anuncio de licitación y especificarse en los pliegos del contrato. De otro lado, a su relación con el objeto del contrato, por cuanto han de estar vinculados al mismo y cumplir con las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad.

Desde la óptica de la protección del medio ambiente, interesa prestar atención a la solvencia técnica o profesional, que nos permitirá determinar si el operador económico en cuestión goza de la aptitud ambiental suficiente para ejecutar el contrato de forma sostenible e integradora. Existen determinados contratos públicos que, con ocasión de su potencial impacto negativo sobre el medio ambiente, requieren de una destreza o habilidad específica en materia medioambiental, como pueden ser los contratos de gestión de residuos o servicios de transportes¹⁹. Pues bien, en estos casos el órgano de contratación podrá exigir a los candidatos una serie de conocimientos técnicos que permitan demostrar su solvencia. A modo de ejemplo, se podría demandar a la empresa que acreditase que dispone de personal técnico con capacitación y experiencia para llevar a cabo la ejecución de los aspectos medioambientales del contrato; que la maquinaria destinada a la ejecución del contrato cumple con los requisitos medioambientales exigidos; o —en lo que aquí nos concierne— que ha adoptado una serie de medidas de gestión medioambiental.

2. La exigencia de medidas de gestión ambiental como requisito de solvencia técnica

La Directiva 2014/24 sobre contratación pública reconoce a los órganos contratantes la posibilidad de exigir a los operadores económicos que apliquen una serie de medidas o sistemas de gestión ambiental durante la ejecución de un contrato público, en aras de garantizar que el eventual contratista de la Administración cuente con la aptitud necesaria para desarrollar dicho contrato de forma eficiente y con absoluto respeto al medio ambiente²⁰. De este modo, como ya adelantábamos, la variable ambiental puede —y debe— ser tomada en consideración a la hora de seleccionar a los participantes en el procedimiento de adjudicación.

Un sistema de gestión ambiental²¹ es un conjunto de procesos y actividades desarrolladas por una organización con el fin de identificar y controlar las even-

19. PERNAS GARCÍA, Juan José; *Contratación Pública Verde*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 130-131; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia; «Un paso de gigante hacia una contratación pública ambientalmente sostenible: La obligación de comprar vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 112, 2011, págs. 48-57; y, de la misma autora, «Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes: de la posibilidad a la obligación», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 1, 2011, págs. 16-24.

20. Véase el Considerando 88 de la Directiva 2014/24/UE.

21. El Reglamento (CE) núm. 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), y por el que se derogan el Reglamento (CE) núm. 761/2001 y las Decisiones 2001/681/CE y 2006/193/CE de la Comisión, clarifica en su artículo 2 (13)

tuales repercusiones que su actividad tiene sobre el medio ambiente, tratando de reducir tal impacto a su mínima expresión de una forma organizada. Se trata de una herramienta de carácter voluntario y confeccionada a medida para adaptarse a las peculiaridades de cada organización, de ahí que sea susceptible de presentar variaciones de una empresa a otra en función del ámbito y alcance de su actividad. El hecho de que un candidato disponga de un sistema de esta índole puede considerarse, cuanto menos, como una buena prueba de que es plenamente conocedor de la legislación medioambiental aplicable y consciente de sus obligaciones en esta materia.

Sin embargo, esta herramienta no persigue únicamente el cumplimiento de la legislación vigente, sino que también permite a las empresas integrar los aspectos medioambientales dentro de sus objetivos económicos y en sus relaciones con determinados grupos de interés²². A este respecto, las medidas a adoptar por una empresa en el seno de un sistema de gestión ambiental podrían consistir en una utilización eficiente y respetuosa de los recursos naturales, como el agua o la energía; el empleo de métodos productivos respetuosos con el medio ambiente; o incluso la adquisición de material de oficina ecológico²³. Esta voluntad empresarial de adquirir una serie de compromisos para proteger —o cuanto menos no perjudicar— el medio ambiente no solamente redundará en una mejora continua de su rendimiento medioambiental, sino que constituye además un activo que será valorado de forma muy positiva tanto por los órganos contratantes como por la ciudadanía en general.

La facultad de requerir este tipo de medidas de gestión en el seno de una licitación pública no es del todo novedosa, sino que ya se encontraba presente en la Directiva 2004/18, la cual aludía a la misma en relación con los contratos de obras y servicios y limitada a «casos adecuados»²⁴. Pese a todo, la cuarta generación de Directivas europeas aboga por una regulación más omnicomprendensiva y plenamente coherente con los objetivos marcados por la Estrategia Europa 2020. Así, la Directiva 2014/24 incluye entre los medios para acreditar la capacidad técnica de los operadores económicos a que se refiere el artículo 58 la «indicación de las medidas de gestión medioambiental que el operador económico podrá aplicar al ejecutar el contrato»²⁵.

A la vista salta que la Directiva vigente ha formulado esta previsión en unos términos significativamente más amplios que su predecesora, suprimiendo la

qué ha de entenderse por «sistema de gestión medioambiental». En este sentido, concibe dicho sistema como «la parte del sistema general de gestión que incluye la estructura organizativa, las actividades de planificación, las responsabilidades, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos para desarrollar, aplicar, alcanzar, revisar y mantener la política medioambiental y gestionar los aspectos medioambientales».

22. *Guía de solvencia técnica y gestión ambiental. Propuestas para los contratos de obras y servicios*, Generalitat de Catalunya, Diciembre de 2010, págs. 19-20.

23. Documento de la Comisión Europea *Adquisiciones Ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica*, 3ª Ed., Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2016, pág. 38.

24. Artículo 48.2, letra f, de la Directiva 2004/18.

25. Dicha previsión se encuentra recogida en el Anexo XII, Parte II, letra g) de la Directiva 2014/24.

limitación de estas medidas a determinados tipos de contratos y de situaciones. Dicho de otro modo, la Directiva 2014/24 parece extender la posibilidad de acreditar la aptitud ambiental a través de esta vía a todos los contratos públicos —ya no solamente a los contratos de obras y servicios²⁶— y a todo tipo de supuestos, apostando así por un uso más generalizado de los criterios medioambientales a la hora de valorar la solvencia técnica de los operadores económicos.

Esta firme apuesta de la normativa europea por una mayor presencia de este tipo de criterios en la fase de selección del contratista no ha encontrado acomodo en la nueva regulación española en materia de contratos públicos. El legislador español ha optado por seguir a pies juntillas la regulación anterior y mantener las limitaciones presentes en la Directiva 2004/18. Bien es cierto que nos encontramos ante una cuestión de matiz, de complitud de la redacción si se quiere, pero los matices importan y mucho. En este sentido, el artículo 88.1.d) de la LCSP establece que en los contratos de obras la solvencia técnica podrá acreditarse en los «casos adecuados» mediante la «indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato». En los mismos términos se pronuncia el artículo 90.1.f) respecto de los contratos de servicios²⁷.

Llegados a este punto, dos son las dificultades que se plantean en relación con esta cuestión: i) cuáles son esos «casos adecuados» en los que el órgano de contratación puede recurrir a este medio de prueba; y ii) qué ocurre con los contratos de suministro, aparentemente excluidos del mismo. Pues bien, por lo que respecta a la primera de ellas, la ya derogada Directiva 2004/18 no precisaba qué casos son adecuados y cuáles no²⁸, sino que simplemente hacía alusión a aquellos supuestos en que la naturaleza de las obras y/o los servicios justificase la aplicación de estas medidas²⁹. Esta indeterminación de la normativa europea ha sido heredada por la legislación española sobre contratos públicos y todavía hoy se revela como una de las principales incertidumbres asociadas a este criterio de solvencia. Para determinar en qué supuestos resulta adecuado acreditar la solvencia técnica de las empresas a través de la implantación de un sistema de gestión ambiental hemos

26. Esta interpretación es confirmada por la Comisión Europea en *Adquisiciones Ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica*, op. cit., pág. 39. Tal y como reza este documento, «los poderes adjudicadores pueden solicitar documentos que acrediten el sistema de gestión medioambiental puesto en marcha por un operador *para cualquier contrato*» (énfasis no original).

27. Esta cuestión ya se encontraba regulada, en los mismos términos que la normativa actual, en los artículos 65.d) y 67.f) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en relación con los contratos de obras y servicios respectivamente. Tras la refundición normativa llevada a cabo por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, pasa a regularse en los artículos 76.d) y 78.f) de esta norma, también en relación con los contratos de obras y servicios.

28. CARANTA, ROBERTO; «Sustainable Public Procurement in the EU», en *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (Dir. Roberto Caranta; Martin Trybus), DJØF Publishing, Copenhagen, 2010, págs. 41-42; y PERNAS GARCÍA, Juan José; «La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público», en *La contratación pública a debate: presente y futuro* (Dir. Rafael Fernández Acevedo; Patricia Valcárcel Fernández), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 363.

29. Considerando 44 de la Directiva 2004/18.

de atender, por un lado, a las especiales repercusiones del contrato sobre el medio ambiente; y, por otro, a la sensibilidad ambiental de la zona donde se va a desarrollar el contrato³⁰. Estos dos factores serán concluyentes a la hora de detectar qué tipo de contratos requieren la aplicación de estas medidas en el momento de su ejecución. Un ejemplo de contrato que podría requerir una correcta gestión medioambiental sería un contrato de obras en el que el contratista tenga que ocuparse de los residuos en el lugar de construcción³¹.

Por otra parte, cabe reflexionar, siquiera brevemente, acerca de la decisión del legislador español de no extender esta posibilidad a los contratos de suministro. La normativa europea es contundente cuando asevera que «los poderes adjudicadores *deben poder exigir* que se apliquen medidas o sistemas de gestión medioambiental durante la ejecución de un contrato público»³². Esta previsión lleva aparejada una doble consecuencia que se concreta, por un lado, en el reconocimiento de una facultad a los órganos de contratación y, por otro, en un mandato dirigido a los Estados miembros para que doten a la misma de plena efectividad. Como ya se ha puesto de relieve, la Directiva sobre contratación pública reconoce ahora la posibilidad de exigir medidas de gestión ambiental en relación con todos los contratos públicos, incluidos los contratos de suministro³³, de ahí que resulte cuestionable que la LCSP no la reconozca en relación con este tipo de contratos. A mayor abundamiento, la propia normativa española abandera en su artículo 1.3 la inclusión de criterios medioambientales «en toda la contratación pública» en aras de obtener una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual y optimizar así el principio de eficiencia en la utilización de los fondos públicos.

Este silencio del legislador sobre la posibilidad de solicitar medidas de gestión ambiental en relación con los contratos de suministro encuentra difícil acomodo en el marco de la normativa europea e incluso de la propia norma española. El carácter tasado de los medios probatorios de la solvencia técnica de los operadores económicos previstos en el artículo 89 de la LCSP hace que, *a priori*, no sea posible valorar su aptitud ambiental por esta vía. Ahora bien, una interpretación conforme al Derecho europeo aconsejaría extender esta posibilidad también a los contratos de suministro, como *de facto* se ha venido haciendo en la práctica en determinados supuestos. Pensemos, por ejemplo, en un contrato de suministro que tiene por objeto la fabricación y posterior entrega de ele-

30. *Guía de solvencia técnica y gestión ambiental. Propuestas para los contratos de obras y servicios*, Generalitat de Catalunya, *op. cit.*, págs. 5-8.

31. *Comunicación interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública*, de 4 de julio de 2001 COM(2001) 274 final, pág. 13.

32. *Vid.* Considerando 88 de la Directiva 2014/24 (Énfasis no original).

33. La posibilidad de adoptar medidas de gestión ambiental en los contratos de suministro ha sido avalada por la propia Comisión Europea en la ya citada *Comunicación interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública*, de acuerdo con la cual «para servir como justificante de la capacidad técnica, el sistema debe repercutir en la calidad del suministro (...)» (pág. 13).

mentos metálicos³⁴. El alto potencial contaminante de la industria metalúrgica hace que sea muy conveniente que la empresa disponga de un sistema de gestión ambiental o adopte determinadas medidas en aras de neutralizar al máximo el impacto de su actividad sobre el medio ambiente.

Sea como fuere, la exigencia de medidas de gestión ambiental como requisito mínimo de solvencia se encuentra en todo caso sujeta a las limitaciones establecidas con carácter general en el artículo 74.2 de la LCSP y que —como ya se ha anticipado— se concretan en las siguientes: i) publicidad de los criterios de solvencia; ii) vinculación al objeto del contrato; y iii) cumplimiento con las exigencias inherentes al principio de proporcionalidad. Estos condicionantes tienen por objeto limitar la discrecionalidad de los órganos de contratación a la hora de incorporar aspectos medioambientales en los contratos públicos e instarlos a actuar con coherencia para evitar la conculcación de los principios nucleares de la contratación pública, especialmente los de competencia y no discriminación. La tradicional tensión existente entre la incorporación de políticas horizontales, en tanto servicio de interés público, y la realización del principio de competencia hace que nos adentremos en un terreno pantanoso en el que debemos movernos con suma cautela³⁵. Tal y como asevera DÍEZ SASTRE, «el derecho de la contratación pública debe evitar una adjudicación contraria a los principios de competencia, transparencia, igualdad y no discriminación, fundamentalmente. Desde esta perspectiva, el principio de competencia es el núcleo en torno al que se deben articular las reglas europeas de contratos públicos»³⁶. La conciliación entre los distintos objetivos de política pública se revela, pues, como fundamental para la correcta satisfacción de los diversos intereses en juego.

34. *Código de Buenas Prácticas Sostenibles en la Contratación Local*, Ayuntamiento de Madrid, 2010, pág. 106.

En la práctica, este criterio también se ha venido utilizando en relación con diversos contratos de suministro e instalación, como el contrato de suministro e instalación de equipamiento de cocina y cafetería del edificio de transferencia del conocimiento y servicios generales del campus científico-tecnológico de Linares, licitado por la Universidad de Jaén; o el contrato de suministro e instalación de sistemas de equipos transmisores de FM en los centros principales de ITELAZPI, licitado por este organismo del Gobierno Vasco.

35. Tal y como ha puesto de manifiesto la Comisión Europea en el *Libro Verde de la Comisión Europea sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente* [Bruselas, 27 de enero de 2011, COM(2011) 15 final], págs. 36-37, «la incorporación de consideraciones políticas en la contratación pública debe hacerse evitando la creación de nuevas cargas administrativas desproporcionadas para los poderes adjudicadores y el falseamiento de la competencia en los contratos públicos». Sobre esta fricción entre los objetivos nacionales y el cada vez más preponderante principio de competencia, véase ARROWSMITH, Sue; «Horizontal Policies in Public Procurement (...)», *op. cit.*, págs. 166-168; KINGSTON, Suzanne; «The uneasy relationship between EU environmental and economic policies, and the role of the CJEU», en *Sustainable Public Procurement under EU Law: New Perspectives on the State as Stakeholder* (Dir. Beate Sjøfjell; Anja Wiesbrock), Cambridge University Press, Cambridge, 2015, págs. 23-49; y GALLEGO CÓRCOLES, Isabel; «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *op. cit.*, págs. 92-93.

36. DÍEZ SASTRE, Silvia; «Las cláusulas sociales en la contratación pública», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2017, págs. 197-198.

2.1. Obligaciones de publicidad y transparencia

La obligación de transparencia se revela como la piedra angular de todo el procedimiento de contratación pública y desempeña un papel muy importante en la fase de selección del contratista. El adecuado conocimiento por parte de los operadores económicos de los requisitos que han de cumplir para poder competir por la adjudicación de un contrato público resulta esencial para garantizar la imparcialidad en el seno del procedimiento de contratación y, por ende, la efectividad de los principios de igualdad de trato y competencia³⁷. En este sentido, las condiciones de solvencia han de estar formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, de modo que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma³⁸. Se trata, en suma, de que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades y estén sujetos a las mismas condiciones³⁹.

En coherencia con lo anterior, el artículo 74.2 de la LCSP dispone que los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato. Este precepto establece una doble obligación de publicidad de los criterios de solvencia⁴⁰, que se concreta en una más genérica y otra más específica y detallada⁴¹. La primera de estas obligaciones sería la indicación de dichos extremos en el anuncio de licitación, de forma que todos los candidatos dispongan de una información general que les permita determinar su grado de interés en la licitación sin necesidad de acudir a otras fuentes de información. En segundo lugar, estos criterios deben especificarse de forma detallada en los pliegos del contrato.

En el caso de las medidas de gestión ambiental, este deber de publicidad que compete a todo órgano de contratación adquiere una especial relevancia. El conocimiento por parte de los operadores económicos de la exigencia de que cuenten con la capacidad necesaria para aplicar este tipo de medidas en la ejecución del contrato será sin duda determinante para incentivarles o no a participar en la licitación. Aquellas empresas que no dispongan de un sistema de

37. STJUE de 7 de diciembre de 2000, *Caso Telaustria Verlags GmbH*, asunto C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, apartado 62; y de 12 de diciembre de 2002, *Caso Universale-Bau AG*, asunto C-470/99, ECLI:EU:C:2002:746, apartado 91.

38. STJUE de 29 de abril de 2004, *CAS Succhi di Frutta SpA*, asunto C-496/99 P, ECLI:EU:C:2004:236, apartado 111.

39. STJUE de 18 de octubre de 2001, *SIAC Construction Ltd*, asunto C-19/00, ECLI:EU:C:2001:553, apartado 34; y STG de 12 de marzo de 2008, *Evropaïki Dynamiki*, asunto T-345/03, ECLI:EU:T:2008:67, apartado 143.

40. Siguiendo a ARROWSMITH, Sue; *The Law of Public and Utilities Procurement*, *op. cit.*, págs. 164-174, se puede afirmar que la publicidad de las condiciones que han de regir el procedimiento de contratación constituye uno de los diversos aspectos que componen el principio de transparencia.

41. Sobre esta cuestión, *vid.* Resoluciones del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi 44/2014, de 7 de mayo; y del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 48/2016, de 25 de febrero.

gestión en este campo y no tengan visos de implantarlo podrán ahorrar tiempo y dinero al conocer esta circunstancia de antemano. Es sentido contrario, aquellas otras que estén interesadas en resultar adjudicatarias de ese contrato y sean proclives a adoptar un comportamiento más respetuoso con nuestro entorno en la ejecución del mismo podrán ser conocedoras de este modo de los requisitos específicos que han de cumplir. Como es sobradamente conocido, este tipo de sistemas de gestión entraña cierta complejidad y no se encuentra al alcance de cualquier organización, de ahí la necesidad de una adecuada publicidad de este requisito de solvencia ambiental.

2.2. Vinculación al objeto del contrato

La vinculación de los criterios de solvencia medioambientales al objeto del contrato es quizás la limitación más relevante en relación con la inclusión de este tipo de políticas horizontales en el seno de la contratación pública. Así lo ha puesto de relieve la Comisión Europea⁴², quien ha otorgado un papel preponderante a este criterio en lo tocante a garantizar un uso eficiente de los fondos públicos y ofrecer una mayor seguridad y previsibilidad a las empresas. Aboga, asimismo, por una interpretación estricta del mismo para evitar el riesgo de que la introducción de este tipo de cláusulas tenga por objeto el encubrimiento de ayudas estatales en beneficio de los operadores nacionales⁴³.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido entendiendo, justamente en relación con los requisitos de solvencia, que la vinculación al objeto del contrato impide que los órganos de contratación excluyan a una empresa por no cumplir con las políticas medioambientales si ello no guarda relación con el contrato en cuestión⁴⁴.

En coherencia con esta postura, las medidas de gestión ambiental únicamente pueden exigirse en contratos con especiales repercusiones sobre el medio ambiente y que requieran, por tanto, de la adopción de determinadas acciones de protección⁴⁵. De no existir esta vinculación al objeto del contrato, se estarían

42. La propia Comisión Europea ha calificado la existencia de este vínculo como «la condición fundamental que debe tenerse en cuenta cuando se introducen en el proceso de contratación pública consideraciones relacionadas con otras políticas». Véase el citado *Libro Verde de la Comisión Europea sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE*, págs. 42-45.

43. Esta interpretación estricta de la vinculación de las cláusulas sociales y medioambientales al objeto del contrato ha sido puesta en entredicho por diversos autores, quienes entienden que este criterio puede suponer un obstáculo a la incorporación de este tipo de aspectos en la contratación pública y se muestran proclives a una mayor flexibilización del mismo. Sobre esta cuestión, DÍEZ SAS- TRE, Silvia; «Las cláusulas sociales en la contratación pública», *op. cit.*, págs. 203-204; y SEMPLÉ, Abby; «The Link to the Subject-Matter: A Glass Ceiling for Sustainable Public Contracts?», en *Sustainable Public Procurement under EU Law: New Perspectives on the State as Stakeholder* (Dir. Beate Sjøfjell; Anja Wiesbrock), Cambridge University Press, Cambridge, 2015, págs. 50-74.

44. STJUE de 10 de mayo de 2012, *Commission vs Netherlands*, asunto C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284.

45. PERNAS GARCÍA, Juan José; «Contratación pública verde: hacia una mayor claridad jurídica en el uso estratégico de las compras públicas», en *Observatorio de Políticas Ambientales 2013* (Dir. Fernando López Ramón), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 357-374.

vulnerando los principios más esenciales de la contratación pública, especialmente el de no discriminación, e introduciendo obstáculos artificiales a la competencia entre licitadores⁴⁶. A modo meramente ejemplificativo, la acreditación de este tipo de solvencia podría ser requerida si el contrato tuviese por objeto el «servicio público de limpieza y mantenimiento del alcantarillado»⁴⁷; el «servicio de limpieza de edificios e inmuebles municipales»⁴⁸; el «servicio integral de conservación, limpieza y mantenimiento de zonas verdes, espacios verdes de propiedad pública, arbolado vario público y asimilables»⁴⁹; la «formación, promoción, dinamización y divulgación ambiental»⁵⁰; la «conservación de zonas verdes y arbolado»⁵¹; el «servicio de comedor en un edificio con cocina propia»⁵²; o el «servicio de cafetería sin cocina»⁵³.

En sentido opuesto, se ha entendido que no existe vinculación de este tipo de medidas con el objeto del contrato y que, por tanto, no son susceptibles de incorporación como requisito de solvencia en los siguientes casos: contrato de servicios para realizar trabajos de consultoría y asistencia técnica en materia de expropiación forzosa⁵⁴; contrato de servicios consistente en la creación de centros de teletrabajo para cita previa de Centros de Salud⁵⁵; y contrato del servicio de prevención ajeno para asumir la especialidad preventiva de medicina del trabajo y la realización de la vigilancia de la salud de determinados trabajadores al servicio de la Administración⁵⁶.

46. En este sentido, Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 32/2011, de 16 de febrero, y 223/2012, de 11 de octubre; y del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 50/2016, de 10 de marzo.

47. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 523/2017, de 16 de junio.

48. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 1110/2017, de 24 de noviembre.

49. Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 86/2013, de 17 de junio.

50. Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 59/2017, de 22 de febrero.

51. Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 139/2013, de 19 de septiembre.

52. *Guía de solvencia técnica y gestión ambiental. Propuestas para los contratos de obras y servicios*, Generalitat de Catalunya, *op. cit.*, pág. 13.

53. *Ibidem*, pág. 16.

54. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 32/2011, de 16 de febrero.

55. Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 50/2016, de 10 de marzo.

56. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 989/2015, de 23 de octubre.

2.3. Cumplimiento de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad

Las medidas de gestión ambiental exigidas a los operadores económicos, además de estar vinculadas al objeto del contrato en cuestión, han de ser proporcionales al mismo. De este modo, el margen de discrecionalidad concedido a los órganos de contratación a la hora de establecer los requisitos mínimos de solvencia a cumplir por los candidatos se encuentra limitado por el principio de proporcionalidad⁵⁷.

De acuerdo con este principio, las medidas de gestión ambiental que vayan a aplicarse durante la ejecución del contrato deben guardar una adecuada proporción con la complejidad técnica del mismo y con su dimensión económica. Así, un contrato de escasa cuantía y poco impacto sobre el medio ambiente puede no ser un caso apropiado para imponer tales requisitos⁵⁸. A su vez, estos requisitos de aptitud ambiental deben ceñirse al ámbito y duración de ese contrato, sin que sea posible exigir a los candidatos que acrediten, por ejemplo, la implantación de una determinada política ambiental en la empresa o la adopción de medidas o planes para la reducción de emisiones de CO₂⁵⁹.

El carácter excluyente que caracteriza a la fase de selección del contratista otorga una particular relevancia al papel desempeñado por el principio de proporcionalidad, por cuanto el incumplimiento de las exigencias de capacidad y solvencia por parte del operador económico tendrá como consecuencia su inmediata exclusión del procedimiento de contratación. Esto hace que sea especialmente importante proceder a una ajustada concreción de las medidas de gestión requeridas a la hora de ejecutar el contrato, de tal forma que no se produzca una restricción indebida de la competencia⁶⁰.

Este riesgo de alteración de la competencia entre licitadores hace que la incorporación de cláusulas medioambientales en esta fase contractual sea, conjuntamente con su inclusión como criterios de adjudicación del contrato, una de las modalidades más controvertidas y que entraña un mayor riesgo de prácticas discriminatorias y anticompetitivas⁶¹. Pensemos que la implantación de este tipo de medidas implica una serie de desembolsos adicionales que no se encuentran al alcance de cualquier empresa. Por esta razón, los costes en que han de incurrir las empresas para cumplir con esta exigencia han de ser debidamente ponderados con sus eventuales beneficios para el medio ambiente⁶². De otro modo, muchos operadores económicos se verían desalentados a participar en la licita-

57. ARROWSMITH, Sue; *The Law of Public and Utilities Procurement*, op. cit., págs. 1213-1214.

58. Documento de la Comisión Europea *Adquisiciones Ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica*, op. cit., pág. 39.

59. PERNAS GARCÍA, Juan José; *Contratación Pública Verde*, op. cit., págs. 134-135.

60. Vid. Resolución del TACRC 32/2011, de 16 febrero; y Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 84/2015, de 10 agosto.

61. Díez Sastre, Silvia; «Las cláusulas sociales en la contratación pública», op. cit., págs. 200-201.

62. ARROWSMITH, Sue; «Horizontal Policies in Public Procurement (...)», op. cit., págs. 149-186.

ción, con la consiguiente reducción de la competencia y, por ende, de la relación calidad-precio de las ofertas.

En definitiva, los órganos de contratación han de ser sumamente cautelosos a la hora de articular las medidas o sistemas de gestión ambiental como condiciones de solvencia técnica en aras de optimizar la libre competencia entre licitadores, evitando diseñarlas de tal modo que excedan notablemente del objeto y alcance del contrato.

3. La acreditación de las medidas de gestión ambiental mediante su certificación

Las empresas que hayan implantado un determinado sistema de gestión ambiental pueden solicitar su certificación de acuerdo con uno de los principales modelos o sistemas utilizados en la Unión Europea, a saber, el «sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales» (EMAS)⁶³ o la norma internacional de sistemas de gestión ambiental ISO 14001⁶⁴. Ambos modelos tienen por objeto verificar que el sistema de gestión ambiental adoptado por la empresa se ajusta a los requisitos de un determinado esquema de certificación, sirviendo como prueba frente a terceros de la adecuación y eficacia de dicho sistema. El sistema EMAS se ciñe al ámbito europeo y es utilizado fundamentalmente por organizaciones y empresas asentadas en un Estado Miembro de la Unión Europea, sin perjuicio de que las empresas extranjeras puedan también recurrir al mismo. La certificación de acuerdo con este sistema incorpora los requisitos de la norma ISO 14001 e incluye además una serie de elementos adicionales, como el compromiso con una continua mejora del rendimiento ambiental o la obligación de comunicar públicamente cada año los resultados de la entidad, validados por un órgano de verificación (declaración ambiental). La norma ISO 14001, por su parte, se encuentra reconocida a nivel internacional y es usada por organizaciones de todo el mundo.

El artículo 62 de la Directiva 2014/24 permite a los órganos de contratación solicitar a los operadores económicos que acrediten el cumplimiento de determinados sistemas o normas de gestión ambiental mediante la presentación de certificados expedidos por organismos independientes. En estos casos, harán referencia al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales

63. El sistema EMAS (*Eco-Management and Audit Scheme*) se encuentra regulado en el ya citado Reglamento 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS). En octubre de 2017, las organizaciones registradas con arreglo a este sistema se cifraron en 3.865 y los centros en 9.140. Estos datos pueden ser consultados en el siguiente enlace: http://ec.europa.eu/environment/emas/emas_registrations/statistics_graphs_en.htm

64. ISO 14001:2015(es) *Sistemas de gestión ambiental - Requisitos con orientación para su uso*. A fecha de 2016, se han emitido un total de 346.147 certificados de acuerdo con la norma ISO 14001 en todo el mundo. Véase *ISO Survey 2016*, a consultar en el siguiente enlace: <https://isotc.iso.org/livelink/livelink?func=ll&objId=18808772&objAction=browse&viewType=1>

(EMAS), así como a otros sistemas o normas de gestión ambiental basadas en las normas europeas o internacionales pertinentes de organismos acreditados. Pero la Directiva va más allá e incorpora el mandato de que los órganos contratantes reconozcan tanto los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en otros Estados miembros como otras pruebas de medidas equivalentes de gestión ambiental presentadas por el licitador. Esta previsión se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, con un tenor prácticamente similar al de la Directiva, en el artículo 94 de la LCSP.

En la práctica los órganos de contratación no pueden exigir a los candidatos que dispongan de un certificado emitido de acuerdo con un sistema de gestión ambiental específico, ya sea de carácter público o privado, ni siquiera de un «certificado equivalente». La implantación de estos sistemas no supone *per se* su certificación, por lo que un requerimiento de este tipo supondría un obstáculo innecesario a la libre concurrencia de licitadores y, en consecuencia, entraría en contradicción con el principio de proporcionalidad. La salvaguarda de los principios rectores de la contratación pública determina que los operadores económicos puedan acreditar por cualquier otro medio la adopción de «medidas equivalentes» en materia de gestión ambiental, entendiendo como tales aquellas que garanticen el mismo nivel de protección medioambiental que las medidas exigidas a estos efectos⁶⁵. Estos medios de prueba alternativos podrían concretarse, por ejemplo, en la descripción de las medidas de gestión ambiental ejecutadas y/o en la presentación de los documentos del sistema (política ambiental, instrucciones de trabajo y procedimientos). En sentido opuesto, no sería admisible la simple declaración de la empresa de encontrarse en proceso de obtención de un certificado, pues ello no es ni garantía ni prueba equivalente a disponer de él⁶⁶.

A pesar de la prohibición de exigir un concreto certificado de gestión ambiental, la certificación es sin duda el medio más sencillo para acreditar la capacidad técnica respecto de la aplicación de este tipo de medidas, de ahí que la adscripción a un modelo de gestión específico puede llegar a ser percibida por los operadores económicos como materialmente exigible⁶⁷. En cualquier caso, es preciso señalar que no pueda solicitarse al licitador el cumplimiento íntegro de todos los aspectos cubiertos por el sistema de gestión, sino solamente de aquellos que resulten coincidentes con el objeto del contrato⁶⁸.

La normativa española circunscribe la presentación de certificados ambientales a los contratos sujetos a regulación armonizada (SARA)⁶⁹. La limitación de

65. Considerando 88 de la Directiva 2014/24.

66. Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 26/2012, de 13 de julio.

67. PERNAS GARCÍA, Juan José; *Contratación Pública Verde*, op. cit., pág. 138.

68. A este respecto, BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa; *Guía Práctica. Criterios sociales y medioambientales en la contratación pública*, Federación de Municipios y Provincias Castilla-La Mancha, 2010, págs. 58-60; y *Guía de solvencia técnica y gestión ambiental. Propuestas para los contratos de obras y servicios*, Generalitat de Catalunya, op. cit., pág.17.

69. En esta misma línea se pronuncian los tribunales administrativos de recursos contractuales, quienes han venido entendiendo que la sujeción del contrato a regulación armonizada es un requisito *sine qua non* para la exigencia de este tipo de certificados. *Vid.* Resolución del Tribunal Administrati-

esta posibilidad a aquellos contratos que gozan de una cierta entidad o relevancia desde un punto de vista cuantitativo no es un capricho del legislador, sino que se asienta sobre un fundamento comprensible y totalmente lógico. La implementación y posterior certificación de un sistema de gestión ambiental es un proceso costoso, tanto en términos estrictamente económicos como estructurales, de ahí que se reserve su exigencia a los contratos de mayor envergadura. En caso contrario, las empresas de menor tamaño —y consecuentemente menor capacidad económica— se verían en una situación de clara desventaja frente a sus competidores más capaces. Ahora bien, el hecho de que las entidades contratantes no puedan exigir la presentación de este tipo de certificados en los contratos no sujetos a regulación armonizada no impide que las empresas puedan presentarlos voluntariamente para acreditar la adopción de una serie de medidas de gestión ambiental, debiendo ser admitidos como medio de prueba.

La práctica diaria de los órganos de contratación ha puesto sobre la mesa una serie de cuestiones dudosas o problemáticas en relación con este medio de prueba, que han sido solventadas por la doctrina de los tribunales administrativos de recursos contractuales. La primera de ellas hace referencia a la posibilidad de solicitar certificados de gestión ambiental cuando la clasificación de los licitadores sea preceptiva. Sobre este particular se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) en su Resolución 1110/2017, de 24 de noviembre, de acuerdo con la cual los pliegos del contrato pueden imponer la necesidad de acreditar el cumplimiento de las normas de gestión ambiental incluso cuando es preceptiva la oportuna clasificación. Tal y como reza esta Resolución:

«La inscripción en estos Registros oficiales —que es el medio de prueba de la existencia de la clasificación— no justifica el concreto nivel de solvencia técnica que puede requerirse para un contrato, pues nada dice sobre ella el precepto transcrito. Si la clasificación excluyera toda posibilidad de exigir una condición adicional de solvencia técnica como la que constituyen los certificados de calidad que ahora nos atañen, se habría incluido una mención expresa a que la inscripción acredita igualmente dicha solvencia técnica, al igual que se hace con la económica y financiera. Lo único que no es admisible, pues, es que a las empresas clasificadas se les pida, adicionalmente, otra forma de justificar su solvencia económica, pero nada más. El silencio del legislador no es casual ni se trata de un simple olvido; antes bien, es obligado si se tiene en cuenta que la clasificación en ningún caso se pronuncia sobre el cumplimiento de normas de garantía de calidad o de gestión medioambiental —que son siempre relativos a la solvencia técnica—, sino sobre los medios financieros, personales y materiales de la empresa, la experiencia en la ejecución de trabajos relacionados con la que se pretende, así como, en su caso, la existencia de las autorizaciones para ejercer la actividad correspondiente (artículos 30-34, 40-44, 47 y concor-

vo Central de Recursos Contractuales 223/2012, de 11 octubre 2012; y Resoluciones del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 74/2013, de 10 junio 2013 (confirmada por Sentencia del TSJ Andalucía de 9 octubre 2014) y 50/2016, de 10 marzo 2016.

dantes del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre). Por tal motivo, porque una empresa debidamente clasificada puede no ajustarse a los estándares acreditados por el cumplimiento de normas de garantía de calidad o de gestión medioambiental, debemos reiterar hoy que en los contratos en los que se exija clasificación puede el órgano de contratación reclamar los certificados a los que aluden los artículos 80 y 81 TRLCSP».

Es preciso matizar que la tesis sostenida por el TACRC, si bien encontraba un perfecto acomodo bajo la legislación anterior, no se compadece bien con la nueva regulación española en materia de contratos públicos. El artículo 96.1 de la LCSP regula la inscripción de los operadores económicos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público y, a diferencia del TRLCSP, alude expresamente a su capacidad para acreditar la solvencia técnica o profesional. Ya no sería admisible, pues, exigir a los licitadores debidamente clasificados que presenten también pruebas del cumplimiento de determinadas medidas de gestión ambiental.

Otra cuestión controvertida hace referencia a la acreditación del cumplimiento de estas medidas por parte de las Uniones Temporales de Empresarios (UTE). A este respecto se ha planteado si es necesario que todas las empresas que integran la UTE dispongan del correspondiente certificado de gestión ambiental o si, por el contrario, es suficiente con que sea aportado por una de ellas. De acuerdo con el criterio sentado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 29/2010, de 24 de noviembre, la propia naturaleza de este criterio exige que sea acreditado individualmente por cada empresa. Dado que estos certificados se refieren a características intrínsecas del funcionamiento de cada organización, solamente garantizan esta circunstancia respecto de la empresa y la actividad para las cuales ha sido expedido, sin que sea susceptible de ser transferido de unas a otras⁷⁰. En definitiva, todas las empresas que componen la UTE han de estar en posesión de los mismos, sin que sea un requisito acumulable entre ellas.

Esta regla general cuenta, sin embargo, con una importante excepción. Sí procede la acumulación en aquellos supuestos en que la empresa que carece del certificado de gestión ambiental no participa en las actividades cubiertas por éste, sino que realiza otras funciones complementarias que no afectan al objeto directo del contrato⁷¹. Dicho de otro modo, solamente las empresas que vayan a llevar a cabo la actividad amparada por la certificación han de disponer de la misma.

Finalmente, es preciso señalar que la exigencia de certificados acreditativos de la aptitud del licitador en materia medioambiental ha de configurarse necesariamente como un requisito de solvencia, no pudiendo ser considerado como

70. Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 59/2017, de 22 de febrero.

71. Resoluciones del TACRC 130/2014, de 14 de febrero, y 472/2017, de 1 de junio.

un criterio objetivo de adjudicación del contrato⁷². En este sentido se ha pronunciado el TACRC en su Resolución 523/2017, de 16 de junio, poniendo especial énfasis en la diferenciación de las dos fases que componen el procedimiento de licitación, la de selección del contratista y la de adjudicación del contrato⁷³. En sus propias palabras:

«En la primera, se trata de comprobar la aptitud de los licitadores para asegurar que éstos pueden ejecutar la prestación objeto de contrato (Sentencias TJCE de 2 de diciembre de 1999 —asunto C-176/98— y TJUE de 18 de octubre de 2012 —asunto C-218/11—; en la segunda, lo único relevante es la oferta que los admitidos presentan, no las condiciones subjetivas de quien la presenta y que no guarden relación con la prestación objeto del contrato (cfr.: Sentencias TJCE de 18 de octubre de 2001 —asunto C-19/00—, de 27 de octubre de 2005 —asunto C-234/03—; Resoluciones de este Tribunal 264/2012 y 189/2014). Sólo cabe atender a estos extremos subjetivos de la empresa cuando puedan redundar en mejor provecho de la oferta, tal y como sucede, por ejemplo, con una mayor adscripción de medios personales o materiales a la ejecución *del contrato que los reputados imprescindibles* (cfr.: Resoluciones de este Tribunal 264/2012, 514/2013, 644/2013, 10/2014 y 198/2014)».

El Tribunal culmina su razonamiento afirmando que la valoración de un certificado de gestión ambiental como criterio de adjudicación del contrato no es conforme a derecho y, en consecuencia, procede la anulación de la concreta cláusula que así lo establece.

III. CONCLUSIONES

Como se ha visto, la contratación pública se ha postulado en los últimos años como una potente herramienta para promover un uso más respetuoso y eficiente de los recursos naturales, condicionando la participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato público al cumplimiento de una cierta aptitud ambiental. La integración de políticas ambientales en este sector se ha visto fuertemente impulsada con ocasión de la aprobación de la LCSP y augura un importante avance hacia un modelo socio-económico más sostenible. Con todo, aún existen varias aristas normativas que deben ser pulidas para alcanzar plenamente este objetivo.

En primer término, es preciso que los órganos contratantes diseñen estrategias de contratación claras que les permitan aprovechar en plenitud las posibilidades que ahora les ofrece la legislación en materia de contratos públicos⁷⁴. A

72. Así lo ha entendido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión en su Informe 73/04, de 11 de marzo de 2005.

73. Véanse también las Resoluciones del TACRC 130/2014, de 14 de febrero; y del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 330/2015, de 23 de septiembre.

74. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa» (COM(2017) 572 final, de 3.10.2017), pág. 7.

este respecto, la facultad de exigir a los operadores económicos que cuenten con un sistema de gestión ambiental es una buena forma de reducir a su mínima expresión los costes ambientales que la ejecución del contrato lleva aparejados, concienciando al mismo tiempo al sector empresarial sobre el importante papel que está llamado a desempeñar en la protección del entorno natural. Sin embargo, para que esta condición de solvencia goce de virtualidad práctica es necesario que el empuje de las entidades contratantes vaya de la mano de una regulación más posibilista en este punto, que adopte el enfoque extensivo consagrado por el Derecho europeo y supere las restricciones heredadas de la regulación anterior.

Pese a todo, esta posibilidad ha de ser ejercitada con suma cautela y absoluto respeto a los principios rectores de la contratación pública. La exigencia de certificados de gestión ambiental ha de seguir el camino marcado por el principio de proporcionalidad, de modo que no se cause un perjuicio excesivo a los licitadores ni se produzca una restricción injustificada de la competencia. Solamente así se podrán conciliar adecuadamente las distintas políticas públicas que encuentran acomodo en este sector en aras de una mayor satisfacción del interés general.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ARROWSMITH, Sue; «Horizontal Policies in Public Procurement: A Taxonomy», *Journal of Public Procurement*, vol. 10, núm. 2, 2010, pp. 149-186.
- ARROWSMITH, Sue; *Public Procurement Regulation: an introduction*, University of Nottingham, Nottingham, 2010.
- ARROWSMITH, Sue; *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3ª Ed., Sweet & Maxwell, London, 2014.
- CARANTA, Roberto; «Sustainable Public Procurement in the EU», en *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (Dir. Roberto Caranta; Martin Trybus), DJØF Publishing, Copenhagen, 2010, págs. 15-51.
- DÍEZ SASTRE, Silvia; «Las cláusulas sociales en la contratación pública», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2017, págs. 193-217.
- DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana; «Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects», en *Modernising public procurement: the new Directive* (Francois Lichere; Roberto Caranta; Steen Treumer), DJØF Publishing, Copenhagen, 2014, págs. 301-335.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael; «Los retos ambientales de las nuevas directivas: la contratación pública como herramienta», en *Nueva contratación pública: Mercado y Medio Ambiente* (Dir. Martín María Razquin Lizarraga; José Francisco Alenza García), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 77-126.
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel; «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *Revista Documentación Administrativa. Nueva Época*, núm. 4, 2017, págs. 92-113.

- GIMENO FELIÚ, José María; *El Nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto; «Las prohibiciones de contratar», en *Tratado de Contratos del Sector Público*, (Dir. Eduardo Gamero Casado; Isabel Gallego Córcoles), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 1259-1322.
- KINGSTON, Suzanne; «The uneasy relationship between EU environmental and economic policies, and the role of the CJEU», en *Sustainable Public Procurement under EU Law: New Perspectives on the State as Stakeholder* (Dir. Beate Sjøfjell; Anja Wiesbrock), Cambridge University Press, Cambridge, 2015, págs. 23-49.
- MEDINA ARNÁIZ, Teresa; «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», en *Observatorio de los Contratos Públicos 2010* (Dir. José María Gimeno Feliú), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 43-101.
- MEDINA ARNÁIZ, Teresa; «Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: Perspectiva europea y su incidencia en la legislación española», en *La contratación pública a debate: presente y futuro* (Dir. Rafael Fernández Acevedo; Patricia Valcárcel Fernández), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 299-344.
- MEDINA ARNÁIZ, Teresa; «Las prohibiciones de contratar en la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista de Estudios Locales CUNAL*, Monográfico 2017: La nueva Ley de Contratos del Sector Público, 2017, págs. 156-173.
- MORENO MOLINA, José Antonio; *Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*, Wolters Kluwer,
- ganizaci matiza que lortancia de cho y, en consecuencia, procede la anulaci-
teria medioambiental no puede configurarse como un Madrid, 2016.
- PERNAS GARCÍA, Juan José; *Contratación Pública Verde*, La Ley, Madrid, 2011.
- PERNAS GARCÍA, Juan José; «Contratación pública verde: hacia una mayor claridad jurídica en el uso estratégico de las compras públicas», en *Observatorio de Políticas Ambientales 2013* (Dir. Fernando López Ramón), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 357-374.
- PERNAS GARCÍA, Juan José; «La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público», en *La contratación pública a debate: presente y futuro* (Dir. Rafael Fernández Acevedo; Patricia Valcárcel Fernández), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 345-379.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; «La contratación del sector público como política pública», en *Contratación Pública Estratégica* (Dir. Juan José Pernas García), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 31-44.
- SEMPLE, Abby; «The Link to the Subject-Matter: A Glass Ceiling for Sustainable Public Contracts?», en *Sustainable Public Procurement under EU Law: New Perspectives on the State as Stakeholder* (Dir. Beate Sjøfjell; Anja Wiesbrock), Cambridge University Press, Cambridge, 2015, págs. 50-74.
- TREPTE, Peter; *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia; «Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes: de la posibilidad a la obligación», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 1, 2011, págs. 16-24.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia; «Promoción de la igualdad de género a través de la contratación pública», en *Contratación Pública estratégica* (Juan José Pernas García), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 329-368.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia; «Un paso de gigante hacia una contratación pública ambientalmente sostenible: La obligación de comprar vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 112, 2011, págs. 48-57.

Capítulo 4

EL USO DE LAS ETIQUETAS AMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

J. José Pernas García

Profesor titular de Derecho administrativo. Universidade da Coruña

I. INTRODUCCIÓN

Los contratos públicos se están convirtiendo —además de en un medio de procura eficiente de las necesidades de los entes del sector público en condiciones de libre competencia— en un mecanismo de fomento de comportamientos beneficiosos para el interés general, y de colaboración indirecta de los sujetos privados en la realización de los objetivos de las políticas públicas.

Además, este nuevo planteamiento incide en los objetivos básicos de la contratación pública. Por una parte, la exigencia de eficiencia en las compras públicas admite la consideración de aspectos sociales y ambientales, no exclusivamente económicos. De modo, que un órgano de contratación puede establecer cláusulas o criterios que permitan identificar la prestación más eficiente desde una perspectiva económica nueva, tomando en consideración no sólo los costes de compra del productos, sino también los costes del ciclo de vida de los productos y los derivados de sus externalidades sociales. Por otra parte, el principio de libre concurrencia no posee carácter absoluto, por lo que el órgano de contratación puede —e incluso debe en algunos casos—, establecer exigencias técnicas o criterios de adjudicación ambientales o sociales, que pueden condicionar la decisión de un operador económico a la hora de concurrir a una oferta pública, siempre que se respeten las exigencias de proporcionalidad, igualdad de trato y transparencia. Estamos atendiendo a una relectura o

modulación del principio de libre competencia en el mercado público por las exigencias del principio de integración ambiental, que exige que todas las políticas (en este caso la de mercado interior) y acciones de la Unión Europea tomen en consideración el medio ambiente en su diseño y aplicación, con la finalidad de contribuir a la consecución del desarrollo sostenible (art. 11, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE).

Este rumbo del régimen de la contratación pública abre la puerta, por la propia naturaleza de las potenciales cláusulas ambientales y sociales, a riesgos de discriminación y de opacidad en la adjudicación de los contratos públicos, sino garantizamos previamente las condiciones que permitan integrar estas consideraciones políticas de modo objetivo, sencillo y claro. A esto se une el hecho de que los órganos de contratación carecen de los conocimientos y de la experiencia para llevar a cabo dicha integración en las diferentes fase del procedimiento.

Los riesgos mencionados y la falta de conocimientos en los órganos de contratación sobre cómo llevar a cabo la integración de consideraciones estratégicas pueden inhibir el desarrollo de la contratación pública verde y socialmente responsable, ante los posibles conflictos jurídicos que se puedan derivar de su inadecuada aplicación. Es aquí donde adquiere importancia el Derecho ambiental y las normas privadas de este sector como proveedores de instrumentos que simplifican y permiten una integración automática (o, en todo caso, más sencilla) y objetiva de las consideraciones ambientales en los pliegos de condiciones contractuales. La Directiva 2014/24¹ y la LCSP otorgan mayor claridad en el uso de instrumentos de mercado, como las etiquetas ambientales o sociales o los sistemas de gestión, como medios objetivos, seguros y transparentes para integrar consideraciones ambientales o sociales en diferentes fases del procedimiento.

II. EL USO DE LOS SISTEMAS DE ECOETIQUETADO EN LAS DISTINTAS FASES DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. Consideraciones generales. El uso voluntario de las etiquetas

La Directiva 2014/24 reitera las mismas exigencias de la Directiva 2004/18 para el uso de las etiquetas en el marco de los procedimientos de contratación, aunque con una redacción más clara y coherente con la doctrina del TJUE. La concreción de los requisitos que deben cumplir las etiquetas es un poco más abierta teniendo en cuenta que la nueva Directiva admite no sólo el uso de

1. El considerando 2 indica, al aludir a la necesidad de impulsar el uso estratégico de la contratación pública, que «(...) es preciso aclarar determinadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar determinados aspectos de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública».

etiquetas ambientales, como la anterior, sino también las de carácter social, que tienen notas y características propias.

El artículo 127.2 de la LCSP dispone, en la línea marcada por la Directiva 2014/24 (art. 43), que «cuando los órganos de contratación tengan la intención de adquirir obras, suministros o servicios con características específicas de tipo medioambiental, social u otro, podrán exigir, en las prescripciones técnicas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato, una etiqueta específica como medio de prueba de que las obras, los servicios o los suministros cumplen las características exigidas, etiquetas de tipo social o medioambiental, como aquellas relacionadas con la agricultura o la ganadería ecológicas, el comercio justo, la igualdad de género o las que garantizan el cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (...)».

La LCSP no obliga a la utilización de las etiquetas estratégicas en el marco de la preparación de los contratos. La integración de consideraciones sociales y ambientales en el Derecho comunitario de la contratación pública se basa en un enfoque voluntario. No obliga a los poderes adjudicadores a integrar la perspectiva ambiental ni social. Simplemente capacita a los poderes adjudicadores para que puedan hacerlo en las diferentes fases del procedimiento de contratación (preparación y adjudicación) y en la propia ejecución del contrato.

La contratación pública estratégica es un incentivo para la mayor implantación en el mercado de las etiquetas ambientales y sociales, debido al hecho de que disponer de una etiqueta de esta naturaleza es una vía idónea para cumplir y acreditar el cumplimiento de prescripciones técnicas, criterios de adjudicación o condiciones de ejecución ambientales o sociales. Este efecto se ve reforzado por la aprobación de criterios comunes de contratación pública verde por la Comisión, que están basados precisamente en las previsiones de los sistemas públicos de ecoetiquetado (Tipo I) existentes a nivel comunitario.

Este planteamiento general se ha ido completando poco a poco con la obligación de usar criterios o cláusulas ambientales para concretas prestaciones, que se ha ido introduciendo desde el Derecho ambiental comunitario u otros ámbitos sectoriales. Así, diversas normas comunitarias exigen la adquisición de productos, prestaciones u obras con características de ahorro y eficiencia energética. Es decir, se está introduciendo la obligación de contratación verde en aquellos espacios en donde es posible conseguir una doble ganancia: alcanzar objetivos ambientales como la lucha contra el cambio climático y la reducción de la contaminación y, al mismo tiempo, conseguir un uso eficiente de los recursos públicos, obteniendo ahorros económicos para los poderes adjudicadores.

Este planteamiento estratégico se deducía ya de las actuaciones y normas aprobadas estos últimos años desde las instancias comunitarias, pero ahora se explicita en los considerandos de la Directiva 2014/24:

«La contratación pública debe (...) permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes» (cdo. 2)

«Es de capital importancia aprovechar plenamente las posibilidades que ofrece la contratación pública para alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020. En este contexto, es preciso recordar que la contratación pública es crucial para impulsar la innovación, que, a su vez, es de gran importancia para el crecimiento futuro en Europa. Sin embargo, ante las grandes diferencias existentes entre los distintos sectores y mercados, no sería apropiado imponer a la contratación unos requisitos medioambientales, sociales y de innovación de carácter general y obligatorio.

El legislador de la Unión ya ha establecido unos requisitos de contratación obligatorios para la obtención de objetivos específicos en los sectores de los vehículos de transporte por carretera (Directiva 2009/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo¹) y los equipos ofimáticos (Reglamento (CE) n° 106/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo²). Por otro lado, la definición de métodos comunes para el cálculo de los costes del ciclo de vida ha progresado considerablemente.

Parece oportuno, por tanto, continuar en esta línea y dejar que sea la legislación sectorial específica la que fije objetivos obligatorios en función de las políticas y las condiciones particulares imperantes en el sector de que se trate, y fomentar el desarrollo y la utilización de enfoques europeos para el cálculo del coste del ciclo de vida como refuerzo para el uso de la contratación pública en apoyo del crecimiento sostenible.» (cdo. 95).

Así, algunas normas comunitarias reguladoras de los sistemas públicos de ecoetiquetado exigen o animan a las Administraciones públicas a adquirir productos o servicios que cumplan con los estándares ambientales de las etiquetas objeto de regulación.

El Reglamento (CE) 106/2008, de 15 de enero, relativo al programa comunitario de etiquetado de la eficiencia energética para los equipos ofimáticos —que se basa en el Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y la Comunidad Europea sobre la coordinación de los programas de etiquetado de la eficiencia energética para los equipos ofimáticos, aprobado por Decisión 2006/1005/CE, de 18 de diciembre de 2006—, prevé que la Comisión y las demás instituciones comunitarias, así como las autoridades gubernamentales centrales, conforme a la Directiva 2004/18/CE, sin perjuicio de la legislación comunitaria y nacional y de criterios económicos, especificarán unos requisitos de eficiencia energética no menos exigentes que las especificaciones Energy Star para contratos públicos de suministro sometidos a regulación armonizada (art. 6).

La Directiva 2010/30/UE, de 19 de mayo de 2010, relativa a la indicación del consumo de energía y otros recursos por parte de los productos relacionados con la energía, mediante el etiquetado y una información normalizada, dispone que los poderes adjudicadores «(...) procurarán adquirir únicamente productos que cumplan los criterios de alcanzar los niveles de rendimiento máximos y de pertenecer a la clase de eficiencia energética más elevada». Se deja incluso en manos de los Estados miembros la posibilidad de exigir a las autoridades contratantes que solo adquieran los productos que se ajusten a esos criterios (art. 9). Esta Directiva ha sido desarrollada por Reglamento delegados

específicos que regulan los pormenores relativos al etiquetado y la ficha para cada tipo de producto².

Las previsiones de la Directiva 2010/30/UE se vuelven más exigentes con las previsiones de la Directiva 2012/27/UE, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética. Esta Directiva dispone que las Administraciones deberán adquirir prestaciones que garanticen un uso eficiente de la energía y que cumplan los estándares de determinadas etiquetas comunitarias de eficiencia energética, siempre que ello sea viable económicamente, idóneo técnicamente y se mantenga la competencia suficiente (Anexo III). Además del etiquetado energético comunitario de productos (Directiva 2010/30/UE y sus reglamentos delegados), los sistemas de etiquetado identificados como referencia para la contratación de bienes o servicios son el sistema *Energy Star* (Decisión 2006/1005/CE, de 18 de diciembre de 2006) y el etiquetado energético de neumáticos (Reglamento 1222/2009, de 25 de noviembre de 2009). El Anexo octo a la Directiva 2010/30/UE establece los criterios para nuevos productos.

El Reglamento 66/2010, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la Etiqueta Ecológica de la UE, prevé que los criterios aprobados para cada categoría de producto deberán ir acompañados de un «manual para las autoridades encargadas de la adjudicación de contratos públicos» (artículo 7.1, letra f, Anexo I, parte A, apartado 5)³. A tal efecto, estos considerarán, por ejemplo, la posibilidad de fijar objetivos para la adquisición de productos que cumplan con los criterios especificados en dicho Manual (artículo 12.3, Reglamento 66/2010).

2. La definición de «etiqueta» y las condiciones para utilizarlas como referencia

La LCSP define «etiqueta» del siguiente modo: «cualquier documento, certificado o acreditación que confirme que las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos de que se trate cumplen determinados requisitos». La definición nos indica que la nueva norma ya no se ciñe a las etiquetas ambientales, sino que se extiende a cualquiera que permita verificar el cumplimiento de determinados requisitos o características de la prestación.

2. Esta Directiva ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento por el Real Decreto 1390/2011, de 14 de octubre. Nos interesa destacar que esta disposición establece que, cuando un producto esté regulado por un Reglamento delegado específico, las entidades contratantes que suscriban contratos públicos de obras, suministro o servicios sujetos a regulación armonizada «procurarán incluir, como criterio de adjudicación», los criterios medioambientales reflejados en dichos reglamentos, «a fin de adquirir productos que cumplan los criterios de alcanzar los niveles de rendimiento máximos y correspondan a la clase de eficiencia energética más elevada» (art. 9.1).

3. La Comisión proporcionará un modelo traducido a todas las lenguas oficiales de la Comunidad para el manual destinado a las autoridades encargadas de la adjudicación de contratos públicos (anexo I, parte A, apartado 5, Reglamento 66/2010).

Ni la Directiva 2004/18 ni el TRLCSP aludían a las etiquetas sociales o de comercio justo⁴, como elemento de apoyo para hacer efectiva la «contratación pública socialmente responsable»⁵. Solo admitían expresamente el uso de etiquetas ambientales, como referencia para la determinación de las especificaciones técnicas. Si bien durante la vigencia de estas normas se hacía palpable un mayor recelo político y jurídico al uso de criterios sociales y, en consecuencia, al uso de las etiquetas sociales⁶, nada impedía el recurso a estos instrumentos, siempre que se respetaran las exigencias de los principios de igualdad de trato y de transparencia.

La Directiva 2014/24 y la LCSP recogen ahora claramente esa posibilidad. La dificultad principal se derivaba ahora de su aplicación práctica, ya que los criterios de concesión de las etiquetas sociales suelen estar más vinculados al comportamiento de la empresa, que a las características intrínsecas o al proceso o método de producción del producto o servicio.

La LCSP admite todo tipo de etiquetas ecológicas. Es posible acudir a cualquier tipo de etiqueta, sin limitaciones territoriales ni referidas al origen público o privado, así como utilizar etiquetas multicriterio⁷ —el tipo más habitual—, de criterio único⁸, sectoriales específicas⁹ o de productos clasificados¹⁰.

4. Para la Comisión Europea las «etiqueta/certificación de comercio ético» son cualquier sistema no gubernamental de garantía de la sostenibilidad comercial (por ejemplo, Comercio justo, Fairtrade, Max Havelaar, Utz, Rainforest Alliance, etc.) (*Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en los contratos públicos*, 2010, p. 31).

5. Dentro del concepto amplio de «contratación pública sostenible» podemos hablar de «contratación pública verde» y de «contratación pública socialmente responsable». Esta última es definida por la Comisión como «(...) 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 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» (ídem, p. 7).

6. MEDINA ARNÁIZ entiende que la menor aceptación de las etiquetas sociales, con relación a las ambientales, quizás es «debido a que se considera que todavía impera cierta confusión entre los diversos sistemas de certificación y que no existen mecanismos de vigilancia relacionados con el etiquetado social de productos» («La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho administrativo*, núm. 153, enero-marzo 2012, p. 236).

7. Es el caso de la etiqueta ecológica de la UE, el Cisne Nórdico (www.svanen.se/en) o el Ángel Azul (www.blauer-engel.de/en).

8. Estas etiquetas se basan en uno o varios de los criterios de aceptación/exclusión vinculados a un aspecto específico, por ejemplo, a la eficiencia energética. Es el caso de la etiqueta comunitaria de agricultura ecológica o del etiquetado *EnergyStar* de eficiencia energética (COMISIÓN EUROPEA, *Manual sobre contratación pública ecológica*, 3ª edición, 2016, p. 19).

9. Estas etiquetas incluyen programas de certificación en materia de silvicultura operados por organizaciones como el Consejo de Administración Forestal (*Forest Stewardship Council*, FSC) o el Programa para la Aprobación de la Certificación Forestal (*Programme for the Endorsement of Forest Certification*, PEFC) (*ibidem*).

10. Estos productos o servicios se clasifican con arreglo a su comportamiento medioambiental a propósito del criterio en cuestión, en lugar de utilizar criterios de aceptación/exclusión. Entre los

Con todo, la Directiva y la LCSP exigen una serie de condiciones para el uso de las etiquetas ecológicas destinadas a evitar que sean utilizadas vulnerando los principios de igualdad y no discriminación y de transparencia, restringiendo así el acceso a los contratos públicos en condiciones de libre competencia.

La Directiva 2014/24 reitera las mismas exigencias de la Directiva 2004/18 para el uso de las etiquetas en el marco de los procedimientos de contratación, aunque con una redacción más clara y coherente con la doctrina del TJUE. La redacción de los requisitos que deben cumplir las etiquetas es un poco más abierta teniendo en cuenta que la nueva Directiva admite no sólo el uso de etiquetas ambientales, como la anterior, sino también las de carácter social, que tienen notas y características propias.

El artículo 127.2 del LCSP establece cuatro condiciones, que recoge fundamentalmente las previsiones del art. 43.1, letra e, Directiva 2014/24:

— En primer término, «que los requisitos exigidos para la obtención de la etiqueta se refieran únicamente a criterios vinculados al objeto del contrato y sean adecuados para definir las características de las obras, los suministros o los servicios que constituyan dicho objeto» (art. 127.2, letra a). Deben ser apropiados para definir las características de los suministros o de las prestaciones que sean objeto del contrato. Las especificaciones técnicas que rigen la concesión de la etiqueta deben contribuir por tanto a delimitar las características de la prestación, por lo que sólo se podrán utilizar aquellas especificaciones que estén vinculadas con el objeto del contrato. No se podrán usar las que estén ligadas al comportamiento del productor¹¹, que forman parte de algunas ecoetiquetas.

— En segundo término, «que los requisitos exigidos para la obtención de la etiqueta se basen en criterios verificables objetivamente y que no resulten discriminatorios» (art. 127.2, letra b). Esta condición refleja el recelo comunitario a que los Estados configuren sistemas de etiquetado con la única finalidad de proteger o beneficiar a sus sectores productivos. Ni la Directiva ni la dicen cómo puede acreditar el órgano de contratación el cumplimiento de dicho requisito; labor que no parece fácil de llevar a la práctica¹². El TRLCSP hacía referencia, en coherencia con la Directiva 2004/18, a que las exigencias de las etiquetas debían tener una base «en información científica», exigencia que debe entenderse integrada actualmente en la redacción más abierta de la

ejemplos cabe citar a la etiqueta energética de la UE, que clasifica productos relacionados con el consumo energía según su eficiencia energética.

11. Interesa destacar las apreciaciones de la Comisión Europea con relación al uso de las etiquetas de comercio justo, absolutamente aplicables a las etiquetas ambientales: «[l]as 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 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» (COMISIÓN EUROPEA, *Adquisiciones sociales...*, ob. cit., p. 32).

12. WILSHER, Dan, ob. cit., p. 427.

nueva LCSP, cuando hablemos de etiquetas ambientales, que fundan en buena medida sus criterios de concesión en conocimiento científico-técnico.

— En tercer lugar, «que las etiquetas se adopten con arreglo a un procedimiento abierto y transparente en el que puedan participar todas las partes concernidas, tales como organismos gubernamentales, los consumidores, los interlocutores sociales, los fabricantes, los distribuidores y las organizaciones no gubernamentales» (art. 127.2, letra c). La participación de los diferentes actores sociales y la elaboración abierta de los criterios de concesión de las etiquetas garantiza que el sistema de ecoetiquetado no sea utilizado como una vía de protección de la economía nacional, y que integra los estándares técnicos ambientales supranacionales¹³. El órgano de contratación no tendrá fácil valorar, en algunos casos, en que medida ha habido una participación activa y real en el procedimiento de determinación de los criterios de otorgamiento de la etiquetas ambientales, que tome en consideración todos los intereses en presencia y que evite dar preferencia a los sectores productivos locales¹⁴.

— En cuarto término, que sean «accesibles a todas las partes interesadas» (art. 127.2, letra d). En este sentido es esencial que las normas para la concesión de la ecoetiqueta estén publicadas a través de medios de acceso fácil y directo para los operadores. Las reglas deberían ser fáciles de interpretar y aplicar, así como emplear conceptos científicos y técnicos comprensibles por los operadores económicos en la Unión Europea¹⁵. Las prescripciones técnicas de los sistemas de etiquetado ecológico no puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia. Los sistemas nacionales de etiquetado pueden contener criterios que dificultan la concesión de la etiqueta a fabricantes extranjeros, lo cual, en caso, debe suponer la imposibilidad de utilizar la etiqueta en cuestión como referencia para la determinación de prescripciones técnicas.

— En quinto lugar, «que los requisitos exigidos para la obtención de la etiqueta hayan sido fijados por un tercero sobre el cual el empresario no pueda ejercer una influencia decisiva» (art. 127.2, letra e). Este requisito ha sido introducido por la Directiva 2014/24 (art. 43.1, letra e, Directiva 2014/24); no aparecía en la Directiva de 2004. Esta previsión se introduce para evitar así que se permita la utilización de autodeclaraciones de empresas como etiquetas de referencia en la determinación de criterios o cláusulas ambientales.

— En sexto lugar, «que las referencias a las etiquetas no restrinjan la innovación» (art. 127.2, letra f). Se trata de un nuevo requisito introducido por la LCSP. En todo caso, ha de apuntarse aquí que los sistemas de etiquetado ecológico son una herramienta destinada a fomentar el mercado de los productos y servicios con características ecológicas, no exigidas por la regulación vigente, por lo que en si mismas presentan un gran potencial como herramienta para el fomento de la innovación y el desarrollo de nuevos productos.

13. WILSHER considera que los grupos de interés supranacionales tendrán dificultades para participar en los procesos de definición de los sistemas de ecoetiquetado nacionales (Ibídem, pp. 428 y 434).

14. Ídem, pp. 428 y 429.

15. Ídem, p. 429.

Ante las eventuales dificultades derivadas de la aplicación y de la comprobación del cumplimiento de las condiciones reseñadas, la Comisión facilita esa labor a los órganos de contratación indicando que las etiquetas Tipo I (ISO 14024) cumplen este criterio¹⁶. Dentro de ellas las ecoetiquetas públicas, como el ángel azul o la ecotiqueta comunitaria, garantizan especialmente las exigencias de idoneidad, transparencia y de acceso en condiciones de igualdad, así como las normas de superior rigor científico en el establecimiento de criterios¹⁷. En todo caso, es importante que los órganos de contratación dispongan de guías o documentos a nivel europeo o nacional que indiquen las etiquetas ambientales que cumplen las condiciones del Derecho comunitario de contratos públicos¹⁸.

3. Las etiquetas ambientales como medio de prueba de cumplimiento de las cláusulas o criterios ambientales

La prueba de cumplimiento de las cláusulas o criterios ambientales por parte de las ofertas de los licitadores puede ser complicada y puede hacer necesario que el órgano de contratación consuma un tiempo importante para valorar las características técnicas, especialmente cuando carece de conocimientos técnicos para ello. Las etiquetas ambientales puede ser una forma sencilla, rápida y segura de comprobar el cumplimiento de los requerimientos o criterios ambientales contenidos en los pliegos de condiciones, cuando estos coincidan con los criterios de concesión de la etiquetas¹⁹.

Los órganos de contratación podrán indicar que los productos o servicios provistos de la etiqueta ecológica o social (utilizada como referencia) se consideran acordes con las especificaciones técnicas definidas en el pliego. Este no puede ser, sin embargo, un medio exclusivo de prueba. Deberá aceptarse cualquier otro medio de prueba adecuado. Estos medios complementarios pueden ser una etiqueta equivalente, no identificada en los pliegos de forma expresa como medio probatorio (artículos 127.3, LCSP; 43.1, Directiva 2014/24)²⁰. Los

16. Los diferentes tipos de etiquetas ambientales existentes han sido definidos por normas privadas ISO: ISO 14024, para las etiquetas I, que son sistemas voluntarios de calificación ambiental que identifican y certifican de forma oficial que ciertos productos o servicios tienen una menor afección sobre el medio ambiente, como la etiqueta ecológica de la UE u otras etiquetas multicriterio nacionales; ISO 14021, para las etiquetas tipo II o autodeclaraciones ambientales de las empresas; e ISO 14025, para las etiquetas tipo III o declaraciones ambientales de productos, que ofrecen información sobre el impacto de un producto o servicio a través del ciclo de vida (LOZANO CUTANDA, Blanca, «El futuro de la «Flor Europea»..., ob. cit., p. 3).

17. COMISIÓN EUROPEA, *Compras ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2005, pp. 13 y 20. Véase también ARROWSMITH, S., *The Law of public...*, op. cit., p. 1278.

18. El sitio Web sobre contratación pública verde de la Comisión Europea dispone de una relación de ecoetiquetas para cada uno de los servicios o productos identificados como prioritarios por la UE: http://ec.europa.eu/environment/gpp/eco_labels.htm, visto a 13 de marzo de 2018.

19. COMISIÓN EUROPEA (DG Medio Ambiente), *Green public procurement and european ecolabel*, 2008; Adquisiciones ecológica, 3ª edición, 2016, p. 33.

20. Sobre esta cuestión véase Resolución nº 299/2017 del TACRC.

poderes adjudicadores no podrán restringir la posibilidad de utilizar etiquetas equivalentes por los operadores económicos para acreditar el cumplimiento de las especificaciones técnicas —criterios de adjudicación o condiciones de ejecución—. En este sentido, es importante destacar que uno de los objetivos de la «ecoetiqueta comunitaria» es tender hacia la armonización de los sistemas públicos de ecoetiquetado nacionales y la citada ecotiqueta Comunitaria, lo que puede dar lugar en el futuro a una verificación más sencilla de las equivalencias por parte de los órganos de contratación²¹.

El órgano de contratación aceptará otros medios adecuados de prueba que demuestren que las obras, suministros o servicios que ha de prestar el futuro contratista cumplen los requisitos de la etiqueta específica exigida (artículos 127.3, LCSP). Dentro de estos medios deberán entenderse incluidos, entre otros, los indicados en el artículo 128: «un informe de pruebas de un organismo de evaluación de la conformidad²² o un certificado expedido por este último». Estos medios de prueba permiten acreditar que un producto cumple una especificación o un nivel de rendimiento determinado. Dado el carácter de números *apertus* de esta previsión podría considerarse medio equivalente una declaración ambiental de producto²³ o un informe técnico del fabricante.

La LCSP no sigue a la Directiva en este punto, manteniendo una aproximación similar al art. 127 del TRLCSP. La Directiva 2014/24 restringe la posibilidad de utilizar medios equivalentes de prueba, ciñéndola a aquellos casos en que el operador económico le resulte «manifiestamente imposible obtener» la etiqueta de referencia o una equivalente. La Directiva 2014/24 limita la posibilidad del uso de medios equivalentes de prueba²⁴, al supuesto en el que el licitador

21. Véase en este sentido el contenido del artículo 11 del Reglamento (CE) n.º 66/2010 del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la etiqueta ecológica de la UE:

«1. Cuando se hayan publicado criterios de la etiqueta ecológica de la UE para una categoría de productos dada, otros sistemas de etiquetado ecológico EN ISO 14024 tipo I reconocidos oficialmente a escala nacional o regional que no abarquen esa categoría de productos en el momento de la publicación solo podrán incluirla si los criterios elaborados con arreglo a esos sistemas son, como mínimo, tan estrictos como los de la etiqueta ecológica de la UE.

2. A fin de armonizar los criterios de los sistemas europeos de etiquetado ecológico (EN ISO 14024 tipo I), los criterios de la etiqueta ecológica de la UE también tendrán en cuenta los criterios existentes fijados en los sistemas de etiquetado ecológico oficialmente reconocidos en los Estados miembros.»

22. Se entenderá por que organismo de evaluación de la conformidad aquel que «desempeña actividades de calibración, ensayo, certificación e inspección, y que están acreditados de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 765/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo» (art. 128.1, LCSP).

23. La norma privada ISO 14025 regula las etiquetas ambientales tipo III o declaraciones ambientales de productos, que ofrecen información sobre el impacto de un producto o servicio a través del ciclo de vida.

24. «Si a un operador económico, por razones que no se le puedan atribuir, le hubiera resultado manifiestamente imposible obtener la etiqueta específica indicada por el poder adjudicador o una etiqueta equivalente dentro de los plazos aplicables, el poder adjudicador aceptará otros medios adecuados de prueba, como por ejemplo un expediente técnico del fabricante, a condición de que el operador económico interesado demuestre que las obras, suministros o servicios que ha de prestar

pueda demostrar que no pudo obtener una determinada etiqueta en el plazo establecido, por motivos que no le sean imputables²⁵. Con el fin de maximizar las posibilidades de que los operadores obtengan la etiqueta requerida, la Comisión Europea indica que la utilización de ecoetiquetas como referencia debería publicitarse lo antes posible. Si se lleva a cabo una consulta preliminar o se publica un anuncio previo de información (PIN), estos podría hacer referencia a las etiquetas que se utilizarán como referencia²⁶.

Esta previsión refleja la voluntad del legislador comunitario de impulsar el uso de etiquetas como medio idónea para acreditar el cumplimiento de criterios o cláusulas ambientales previstas en los pliegos de contratos públicos, en coherencia con las exigencias del principio de integración ambiental (art. 11, TFUE). Además, y esto es lo más importante, la solución de la Directiva facilita una verificación más clara y objetiva del cumplimiento de las cláusulas ambientales determinadas por referencia a etiquetas ambientales.

Una regulación más abierta de la posible utilización de medios equivalentes, como la prevista por la LCSP, contradice las previsiones de la Directiva. No resuelve las dificultades que se plantean a los técnicos de los órganos de contratación en la valoración de cuándo una determinada oferta cumple de forma equivalente criterios ambientales referidos a una determinada etiqueta. Un planteamiento tan abierto genera mayores riesgos de vulneración de los principios de la contratación pública, desincentiva la aplicación de criterios de adjudicación ambientales, incrementa los riesgos de conflictos jurídicos en torno a la apreciación de la equivalencia de la prueba, y desaprovecha la oportunidad de impulsar los etiquetas públicas como criterios de referencia seguros y objetivos para verificar el cumplimiento de especificaciones técnicas, criterios de adjudicación o condiciones de ejecución estratégicos. El legislador muestra aquí su desconocimiento sobre el papel de las etiquetas ambientales como herramienta idónea para facilitar una aplicación objetiva y precisa de los criterios ambientales o sociales.

Con todo, la LCSP, siguiendo las previsiones de la Directiva, dispone que «la carga de la prueba de la equivalencia recaerá, en todo caso, en el candidato o licitador» (art. 127.6, LCSP)²⁷. El licitador deberá demostrar que la prestación cumple los requisitos de la etiqueta referenciada en los pliegos, lo cual pone en mejor situación a los técnicos de la administración responsables de la valoración de las ofertas, con serias dificultades para valorar la equivalencia de estándares.

cumplen los requisitos de la etiqueta específica o los requisitos específicos indicados por el poder adjudicador» (art. 43.1, *in fine*).

25.

26. *Adquisiciones ecológicas*, 3ª edición, 2016, p. 35.

27. Véase en este sentido la Resolución nº 648/2017 del TACRC: «La responsabilidad de demostrar la equivalencia con respecto a la etiqueta exigida ha de recaer en el operador económico. (...)». Véase también la Resolución nº 841/2017.

4. Sobre la posibilidad de utilizar las etiquetas ambientales en la determinación de prescripciones técnicas, criterios de adjudicación o condiciones de ejecución del contrato

La Directiva 2014/18 y el TRLCSP preveían la posibilidad de determinar las especificaciones técnicas por referencia a los criterios técnicos de concesión de las etiquetas ambientales. No estaba clara la posibilidad de utilizar estos instrumentos de mercados para definir criterios de adjudicación o como condición de ejecución del contrato. Esta cuestión se planteó en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 10 de mayo de 2012²⁸. Siguiendo la línea marcada en sentencias previas²⁹, el TJUE resuelve inicialmente en sentido positivo la cuestión de si es posible establecer criterios de adjudicación basados no sólo en consideraciones ambientales sino también sociales. El Tribunal se pronuncia, en segundo término, sobre si los concretos criterios de adjudicación de posesión de determinadas etiquetas sociales y ambientales cumplían con las exigencias de claridad y objetividad que incumben a los poderes adjudicadores. Lo importante en este momento es destacar que el Tribunal admite en términos generales la posibilidad de elaborar criterios de adjudicación por referencia a etiquetas ambientales, aunque con ciertos límites que veremos más adelante.

La cuestión de si es posible determinar condiciones de ejecución por referencia a etiquetas se plantea en la sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012, aunque con relación a una etiqueta de carácter social. El Tribunal valora la compatibilidad con el Derecho comunitario de la exigencia contenida en los pliegos de un contrato de suministro de que los productos estuvieran provistos de la etiqueta MAX HAVELAAR, que certifica productos de comercio justo. El Tribunal se pronuncia, en primer lugar, sobre el carácter de esta cláusula: ¿Es una especificación técnica o una condición de ejecución de contrato?

«74 Ha de señalarse que tales criterios no se corresponden con la definición del concepto de especificación técnica que figura en el punto 1, letra b), del anexo VI de la Directiva 2004/18, puesto que dicha definición se refiere exclusivamente a las características de los propios productos, de su fabricación, de

28. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 10 de mayo de 2012, asunto C-368/10, *Comisión Europea/Reino de los Países Bajos*.

29. Véase, con relación a la posibilidad de establecer criterios sociales, las sentencias del TJCE de 20 de septiembre de 1988, asunto C-31/87, *Gebroeders Beentjes*, ap. 36; de 26 de septiembre de 2000, asunto C-225/98, *Nord Pas de Calais*, *aps.* 51 y ss. Además la posibilidad de tomar en consideración criterios sociales en la adjudicación de los contratos públicos ha sido admitida por la Comisión en distintos documentos. Véanse la *Comunicación interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar sus aspectos sociales en dichos contratos* (COM (2001) 566 final, de 15 de octubre de 2001), y *Adquisiciones sociales. Guía para tomar en consideración cuestiones sociales en la contratación pública* (SEC (2010) 1258 final, de 19 de octubre de 2010). Sobre la posibilidad, mucho más asentada, de establecer criterios ambientales de adjudicación, véase las sentencias de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/1999, *Concordia*, y de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/2001, *Wienstrom GmbH*.

su envasado o de su utilización, y no a las condiciones en las que el proveedor los adquirió al productor.

75 En cambio, el cumplimiento de dichos criterios está comprendido en el concepto de «condiciones de ejecución del contrato» en el sentido del artículo 26 de esa Directiva.

76 En efecto, a tenor de dicho artículo, las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social. Pues bien, la exigencia de que el café y el té que se suministren procedan de pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables, constituye una consideración de ese tipo. En consecuencia, la regularidad de esa condición debe comprobarse en relación con dicho artículo 26.»

El Tribunal considera, por tanto, que la exigencia de que determinados productos procedan de pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables, constituye una condición de ejecución del contrato, no una especificación técnica. Admite que esas condiciones de ejecución pueden referirse a consideraciones de tipo social, como las contenidas en la etiqueta MAX HAVELAAR. No obstante, el Tribunal no entra a valorar esta cuestión, ya que no fue planteada por la Comisión ni en el procedimiento administrativo previo al planteamiento del recurso de incumplimiento, ni en el propio escrito de interposición³⁰.

30. La abogada general sí se pronuncia sobre la posibilidad de concretar las condiciones de ejecución por referencia a etiquetas de comercio justo y, más en concreto, sobre la legalidad del uso de las etiquetas sociales en este asunto concreto:

«89. En cuanto al principio de transparencia, que se ha de respetar en el marco del artículo 26 de la Directiva 2004/18, tampoco existen dudas sustanciales de que un poder adjudicador, para ilustrar las condiciones sociales que exige para la ejecución del contrato, haga referencia a una etiqueta de comercio justo y renuncie al mismo tiempo a la detallada enumeración de los criterios que subyacen a dicha etiqueta. Como ya se ha expuesto en relación con las etiquetas ecológicas, de todo licitador razonablemente informado y que actúe con la normal diligencia se puede esperar que conozca las etiquetas de comercio justo que se utilizan en el mercado en cuestión, o que, en todo caso, se informe en los organismos de certificación de dichas etiquetas sobre los criterios que aplican.

90. La tramitación del procedimiento de adjudicación, así como también la posterior ejecución del contrato, puede incluso simplificarse sustancialmente si se permite a las empresas afectadas acreditar el cumplimiento de las condiciones sociales impuestas por el poder adjudicador remitiéndose a etiquetas de comercio justo. De esta manera, el gasto administrativo se reduce a un esfuerzo mínimo tanto para el poder adjudicador como para los potenciales licitadores y para el futuro adjudicatario.

91. En contra de lo alegado por la Comisión en la vista, de ningún modo se puede exigir a los poderes adjudicadores que reflejen en las condiciones de licitación sus propios planteamientos acerca del concepto de comercio justo. En la mayor parte de los casos carecerían de los conocimientos necesarios para ello. Además, los diferentes planteamientos de los poderes adjudicadores acerca de qué distingue al comercio justo (por ejemplo, los precios, la adecuada duración de las relaciones de suministro entre los comerciantes y los productores de los países en desarrollo, y la forma y el alcance de la prefinanciación de la producción) albergan el grave riesgo de que se produzca una fragmentación del mercado. En consecuencia, tanto en interés de los potenciales licitadores como en interés de los poderes adjudicadores, es conveniente permitir una referencia a etiquetas de comercio justo en la adjudicación de contratos públicos de suministro.

La Directiva 2014/24 no limita el recurso a las etiquetas en las especificaciones técnicas, sino que lo extiende, siguiendo la doctrina del TJUE, a los criterios de adjudicación o a las condiciones de ejecución³¹. Con todo, la Comisión ya había venido apuntado, durante los últimos años, que las ecoetiquetas pueden servir también de referencia segura para determinar criterios de valoración de las ofertas³². Asimismo, el artículo 127.2 de la LCSP deja clara la posibilidad de utilizar las etiquetas ambientales o sociales para la determinación de prescripciones técnicas, de criterios de adjudicación o de condiciones de ejecución del contrato.

Las etiquetas ambientales (y en alguna medida las sociales) pueden jugar un doble papel en el marco de un mismo procedimiento de licitación. Por una parte, pueden servir de referencia para concretar las prescripciones técnicas mínimas que debe cumplir la prestación. Por otra parte, puede establecerse un criterio de valoración que otorgue puntos adicionales a aquellas ofertas que ofrezcan rendimientos ambientales adicionales al exigido por la etiqueta utilizada como referencia para fijar las especificaciones técnicas de base³³.

92. No obstante, las condiciones sociales establecidas por el poder adjudicador para la ejecución del contrato con arreglo al artículo 26 de la Directiva 2004/18 deben ser conformes con el Derecho de la Unión, y esto significa, en particular, que no puede haber discriminación directa ni indirecta.

93. En el presente caso se ha incumplido este último requisito. La provincia de NoordHolland no se limitó a utilizar la etiqueta «Max Havelaar» para ilustrar sus planteamientos de política social sobre el comercio justo, ni tampoco se contentó con establecer la presunción de que los productos con la etiqueta «Max Havelaar» satisfacen sus exigencias de política social para la ejecución del contrato. Por el contrario, prescribió la propia etiqueta «Max Havelaar» de forma obligatoria, de manera que sólo se admitía el suministro de café y té con esa etiqueta específica, excluyendo cualquier otro café y cualquier otro té.

94. De ese modo, por un lado perjudicó a las empresas (principalmente, a las de otros Estados miembros) que suministraban café y té con otras etiquetas diferentes de la etiqueta «Max Havelaar», común sobre todo en los Países Bajos y Bélgica. Y, por otro lado, colocó en peor situación a las empresas que presentan en su cartera de productos café y té de comercio justo sin disponer de un sello al respecto.

95. De todo ello se deduce que la forma de proceder de la provincia de NoordHolland, por la cual impuso obligatoriamente una determinada etiqueta de comercio justo (la etiqueta «Max Havelaar») para el café y el té suministrados, no era compatible con el artículo 26 de la Directiva 2004/18.»

31. Véase, sobre la utilización de etiquetas ambientales para la determinación de condiciones especiales de ejecución, la Resolución nº 1084/2016.

32. WILSHER considera que, frente a la complejidad del uso de las ecoetiquetas en la definición de las prescripciones técnicas, puede ser una alternativa mejor el recurso a éstas como referencia para la determinación de los criterios de adjudicación. A su juicio, «(...) *using the award criteria approach allows that authority to better assess and implement an appropriate balance between ecology and value for Money. The number of compliant tenders is likely to be higher*» («Reconciling national autonomy and trade integration in the context of eco-labeling»..., ob. cit., p. 432).

33. COMISIÓN EUROPEA, *Comprás ecológicas...*(2005), ob. cit., p. 20. Otro ejemplo, nos lo da la Comisión Europea con relación a los criterios sociales de adjudicación. Como sabemos las especificaciones de un contrato pueden definir el nivel de cumplimiento sobre la base de una norma técnica, por ejemplo la UNE 139803 sobre «Requisitos de accesibilidad por contenidos web». Esta norma define tres niveles de cumplimiento (A, AA, AAA). El nivel más bajo o el nivel medio se puede exigir como especificación técnica, y se podrían otorgar puntos adicionales a la oferta que alcanza el nivel más alto (COMISIÓN EUROPEA, *Adquisiciones sociales...*, ob. cit., p. 37). En este mismo orden de ideas, el

La condiciones ambientales de ejecución del contrato deberían hacer referencia al modo de suministro (suministro en grandes cantidades o a granel, entregas fuera de horas punta, recogida de embalajes) o de ejecución de una obra o servicio (formación del personal, reducir los residuos y uso de sustancias tóxicas), más que a las características de los productos. Las condiciones de ejecución pueden aludir igualmente a materiales específicos o a un proceso o método de producción (utilización de envases reciclados, reutilizables o biodegradables o consumo de energía derivada de fuentes renovables o la prohibición del uso de determinadas sustancias)³⁴. Las etiquetas pueden servir de medio no exclusivo de comprobación del cumplimiento de estas condiciones ambientales de ejecución referidas a materiales o procesos o métodos de producción.

II. LÍMITE AL USO DE ETIQUETAS AMBIENTALES DERIVADOS DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y DE TRANSPARENCIA

1. Los criterios o cláusulas derivadas de etiquetas ambientales deben estar vinculadas al objeto del contrato. No es posible recurrir especificaciones detalladas para la concesión de una etiqueta que hagan referencia a condiciones subjetivas, es decir, que aludan al comportamiento ambiental o ético del operador económico y no a las características del producto

Los criterios de concesión de etiquetas públicas multicriterio solo pueden integrar las prescripciones técnicas de un contrato público cuando estén vinculadas al objeto del contrato. Nunca cuando hagan referencia al comportamiento ambiental del operador económico. Algunas etiquetas incluyen criterios que están relacionados con la práctica de gestión general de la empresa que fabrica el producto o que ofrece el servicio, y que se refieren a aspectos éticos o similares. Estos criterios no se podrán incluir en los contratos cubiertos por el ámbito de aplicación de estas Directivas, ya que no están relacionados con el objeto del contrato³⁵.

En el caso de que las etiquetas se basen en criterios objetivos —vinculados a características de un producto o proceso productivo o de servicios— y subjetivos —referidos al comportamiento de los sujetos beneficiarios—, la Directiva permite un uso parcial de los sistemas de ecoetiquetado. Así prevé que cuando una etiqueta, que cumplan los requisitos del artículo 43.1, establezca criterios no

Plan de Contratación Verde del Estado establece que los criterios energéticos de la etiqueta «Energy Star», que se correspondan con el año anterior al momento de la compra, se utilizarán como obligatorios, mientras que las características de la versión más reciente de la etiqueta se incorporarán como criterios de valoración (Orden PRE/116/2008, de 21 de enero, BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008).

34. Véase, más en profundidad sobre la cuestión, PERNAS GARCÍA, J. J., *Contratación pública*, 2011, pp. 87 y ss. ecuciirecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación, J. J., *Contratación pública verde*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 87 y ss.

35. COMISIÓN EUROPEA (2005), p. 21.

vinculados con el objeto del contrato, «(...) los poderes adjudicadores no exigirán la etiqueta como tal, pero podrán definir las especificaciones técnicas por referencia a las especificaciones detalladas en esa etiqueta o, en su caso, a partes de esta, que estén vinculadas al objeto del contrato y sean adecuadas para definir las características del objeto del contrato» (art. 43.2). Esta previsión ha sido traspuesta en sus mismo términos por el 127.2, in fine, LCSP.

En la sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012 se resuelve sobre la legalidad de una criterio de adjudicación consistente en que los ingredientes que se suministraran estuvieran provistos de las etiquetas EKO³⁶ o MAX HAVELAAR³⁷. La Comisión entiende que este criterio no está vinculado al objeto del contrato, en la medida en que los criterios en que se basan las citadas etiquetas no se refieren a los propios productos sino a la política general de los licitadores, especialmente en el caso de la etiqueta MAX HAVELAAR.

El Tribunal considera, sin embargo, que se cumple la exigencia de que el criterio de adjudicación esté vinculado al objeto del contrato:

«89 Para apreciar el fundamento de la imputación relativa a la falta de un vínculo suficiente entre el criterio de adjudicación controvertido y el objeto del contrato, es preciso, por una parte, tener en cuenta los criterios en que se basan las etiquetas EKO y MAX HAVELAAR. Como se desprende de los apartados 34 y 37 de la presente sentencia, dichos criterios caracterizan productos procedentes de la agricultura ecológica y del comercio justo, respectivamente. En cuanto al método de producción ecológica regulado por la normativa de la Unión, concretamente el Reglamento n° 2092/91 en la época pertinente en el presente asunto, los considerandos segundo y noveno de éste señalan que ese método de producción favorece la protección del medio ambiente, especialmente porque implica importantes restricciones en la utilización de fertilizantes o pesticidas. En cuanto al comercio justo, de dicho apartado 37 resulta que los criterios impuestos por la fundación que concede la etiqueta MAX HAVELAAR tienen por objeto favorecer a los pequeños productores de los países en desarrollo al mantener con ellos relaciones comerciales que tienen en cuenta las necesidades reales de dichos productores, y no sólo las leyes del mercado. De estas indicaciones se desprende que el criterio de adjudicación controvertido se refería a características medioambientales y sociales comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18.

36. La etiqueta privada neerlandesa EKO se concede a productos que contengan al menos un 95 % de ingredientes procedentes de la agricultura ecológica. Está gestionada por una fundación de Derecho civil neerlandesa, cuyos objetivos son favorecer la agricultura ecológica, regulada en la época de los hechos por el Reglamento (CEE) n° 2092/91 del Consejo, de 24 de junio de 1991, sobre la producción agrícola ecológica y su indicación en los productos agrarios y alimenticios.

37. La etiqueta MAX HAVELAAR es una etiqueta privada gestionada por una fundación de Derecho civil neerlandesa, con arreglo a las normas adoptadas por una organización internacional de referencia, la *Fairtrade Labelling Organisation* (FLO). Con el fin de favorecer la comercialización de los productos procedentes del comercio justo, esta etiqueta certifica que los productos a los que se concede se compran a organizaciones constituidas por pequeños productores de países en desarrollo a un precio y condiciones justos.

90 Por otra parte, procede señalar que, con arreglo a la descripción del contrato que figura en el subcapítulo 1.4 del pliego de condiciones, ese contrato tenía por objeto, en particular, el suministro del café, el té y otros ingredientes necesarios para la elaboración de las bebidas disponibles en las máquinas expendedoras. Además, de la redacción del criterio de adjudicación controvertido resulta que éste sólo se refería a los ingredientes que se suministraran en el marco de dicho contrato, sin ninguna implicación con respecto a la política general de compras de los licitadores. Por consiguiente, esos criterios se referían a productos cuyo suministro constituía una parte del objeto de dicho contrato.

91 Por último, como se desprende del punto 110 de las conclusiones de la Abogada General, no es necesario que un criterio de adjudicación se refiera a una característica intrínseca de un producto, es decir, a un elemento incorporado materialmente en éste³⁸. De este modo, el Tribunal de Justicia ha declarado, en el apartado 34 de la sentencia EVN y Wienstrom, antes citada, que la normativa de la Unión en materia de contratación pública no se opone a que una entidad adjudicadora establezca, en el marco de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio de adjudicación consistente en exigir que la electricidad se genere a partir de fuentes de energía renovables. Por tanto, nada se opone, en principio, a que dicho criterio se refiera al hecho de que un producto proceda del comercio justo.

92 Por consiguiente, debe reconocerse que el criterio de adjudicación controvertido presenta con el objeto del contrato de que se trata el vínculo exigido en el artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18, por lo que la imputación formulada por la Comisión a este respecto carece de fundamento.»

El Tribunal concluye que el concreto criterio de adjudicación utilizado por el poder adjudicador, consistente en que los ingredientes de los productos que se suministraran estuvieran provistos de las citadas etiquetas sociales o ambientales, estaba vinculado con el objeto del contrato y no tenía ninguna implicación con respecto a la política general de compras de los licitadores. Los criterios de adjudicación no tienen que hacer necesariamente referencia a un «característica intrínseca de un producto, es decir, a un elemento incorporado materialmente

38. Destacamos las apreciaciones de la Abogada General por su carácter especialmente ilustrativo: «110. En lo que se refiere a la etiqueta «Max Havelaar», ciertamente no define ninguna característica del producto en sentido estricto, que resulte relevante en el marco de las especificaciones técnicas (artículo 23 de la Directiva 2004/18). Pero dicha etiqueta aporta información sobre si los artículos suministrados han sido objeto de un comercio justo. (...). Por eso no se puede negar de antemano que tenga relación con el objeto del contrato (en este caso, el suministro de «ingredientes» como azúcar, leche en polvo y cacao), pues para un poder adjudicador que, según se desprende de la documentación del procedimiento de adjudicación, otorga valor al comercio socialmente responsable, para determinar la relación calidadprecio muy bien puede ser importante saber si los artículos suministrados fueron comprados a sus productores en condiciones justas o no. Aunque el sabor del azúcar, en sentido estricto, no es diferente en función de si ha sido adquirido de forma justa o injusta, un producto que ha llegado al mercado en condiciones injustas deja un regusto más amargo en el paladar de los clientes conscientes de la responsabilidad social.» (Véase los apartados 88 a 90 de las Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentadas el 15 de diciembre de 2011, asunto C368/10, *Comisión Europea/Reino de los Países Bajos*).

en éste», como ya había dejado acreditado el Tribunal en la sentencia *Wienstrom* con relación a un criterio ambiental. El Tribunal contribuye a dejar claro que los poderes adjudicadores pueden establecer cláusulas o criterios ambientales referidos no sólo a las características materiales de los productos, sino también a los procesos o métodos de producción. La Directiva 2014/24 de contratos público ha recogido ya expresamente la posibilidad de fijar especificaciones técnicas (art. 42) o criterios de adjudicación ambientales (art. 67) por referencia a factores directamente vinculados con el proceso de producción, siempre que se refieran a aspectos del proceso de producción que estén estrechamente vinculados con el proceso de producción de bienes o la prestación de servicios en cuestión.

2. El órgano de contratación puede determinar las especificaciones técnica o establecer un criterio de adjudicación por referencia a una concreto sistema de etiquetado

Existen unos límite para el uso de las ecoetiquetas como referencia para la determinación de especificaciones técnicas, criterios de adjudicación o condiciones de ejecución del contrato. El primero de ellos es que los poderes adjudicadores no pueden exigir a las empresas que estén adscritas a un determinado sistema de etiquetado³⁹. Esta es una exigencia del propio principio de igualdad y no discriminación.

Antes de la aportación de la Directiva 2014/24, la Comisión ha ido más allá más allá, al afirmar que no se podrá exigir «que cumplan (todos) los criterios de una etiqueta determinada». Se trataba de una aproximación no sólo poco clara⁴⁰, sino, a mi juicio, excesivamente restrictiva. Este planteamiento no estaba justificado de acuerdo con las previsiones de la Directiva 2004/18 y mucho menos a la luz de la Directiva 2014/24. No parece que esta última norma se oponga a la exigencia de todas los criterios de concesión de una etiqueta, siempre respeten los principios de igualdad de trato y de transparencia y que todos estén vincu-

39. La Comisión se ha pronunciado en este sentido con relación a las etiquetas sociales o de comercio justo. Véase la Comunicación *Contribución al desarrollo sostenible: el papel del comercio justo y de los sistemas no gubernamentales de garantía de la sostenibilidad comercial* (COM (2009) 215 final, de 5 de mayo de 2009): «Según las normas europeas de contratación pública, los órganos de contratación que deseen comprar mercancías de comercio justo no pueden exigir etiquetas específicas, porque esto limitaría el acceso a la contratación de productos que no están certificados como tales, pero que cumplen normas similares de comercio sostenible. (...) Los órganos de contratación que tienen intención de comprar mercancías con garantía de sostenibilidad no deben contentarse simplemente con adoptar una etiqueta concreta e incluirla en las especificaciones técnicas de sus compras. Deben fijarse más bien en los subcriterios que constituyen la base, por ejemplo la etiqueta «Fairtrade» y utilizar solo los que sean pertinentes al objeto de su compra. Los órganos de contratación deben permitir siempre a los licitadores demostrar el cumplimiento de estas normas utilizando etiquetas de Comercio Justo u otros justificantes.». Véase también COMISIÓN EUROPEA, *Adquisiciones sociales. Guía para tomar en consideración cuestiones sociales en la contratación pública*, 2010, p. 32.

40. WILSHER, Dan, op. cit., p. 426.

ladas al objeto del contrato. Las cautelas de la Comisión surgen del temor de que las etiquetas nacionales sean utilizadas de modo proteccionista y discriminatorio.

La cuestión de si es posible exigir una etiqueta determinada a la hora de determinar las cláusulas o criterios ambientales se plantea en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 10 de mayo de 2012⁴¹. El Tribunal entiende que en este asunto los documentos contractuales analizados exigen como especificación técnicas que el café y el té a suministrar debían estar provistos de las etiquetas EKO y MAX HAVELAAR. Además, se establecía un criterio de valoración de ofertas por referencia exclusiva a las mencionadas etiquetas, expresando así el deseo de que los ingredientes que se suministraran dispusieran de dichas etiquetas.

En primer lugar, el Tribunal resuelve sobre si el poder adjudicador puede exigir que determinados productos estén provistos de una determinada etiqueta ecológica, o sólo podía utilizar las especificaciones detalladas definidas para el otorgamiento de dicha etiqueta ecológica, sin exigir que los productos dispusieran de ella. Veamos las apreciaciones del Tribunal:

«63 En lo que respecta a los requisitos relativos a características medioambientales, el tenor del primer párrafo de dicha disposición confiere a los poderes adjudicadores la facultad de recurrir a las especificaciones detalladas de una etiqueta ecológica, pero no a una etiqueta ecológica como tal. La exigencia de precisión establecida en el artículo 23, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/18 —al que se hace referencia en el apartado 6 de dicho artículo— y manifestada en la última frase de su vigésimo noveno considerando se opone a una interpretación extensiva de dicha disposición.

64 Es cierto que, para facilitar la verificación del cumplimiento de tal exigencia, el párrafo segundo del artículo 23, apartado 6, autoriza, además, a los poderes adjudicadores a indicar que los productos provistos de la etiqueta ecológica cuyas especificaciones detalladas hayan utilizado se consideran acordes con las especificaciones correspondientes. Sin embargo, ese párrafo segundo no amplía el alcance del párrafo primero del artículo 23, apartado 6, ya que sólo permite recurrir a la propia etiqueta ecológica de manera secundaria, como prueba de que se cumplen «las especificaciones técnicas definidas en el pliego de condiciones».

65 En efecto, con arreglo a dicho párrafo segundo del artículo 23, apartado 6, de la Directiva 2004/18, los poderes adjudicadores deberán aceptar cualquier otro medio de prueba adecuado, como un expediente técnico del fabricante o un informe de pruebas de un organismo reconocido.

(...)

70 De las consideraciones anteriores resulta que, al exigir en el pliego de condiciones que determinados productos que se suministraran estuvieran provistos de una determinada etiqueta ecológica, en lugar de utilizar las especificaciones detalladas definidas en dicha etiqueta ecológica, la provincia de Holanda Septentrional formuló una especificación técnica incompatible con el

41. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 10 de mayo de 2012, asunto C-368/10, *Comisión Europea/Reino de los Países Bajos*.

artículo 23, apartado 6, de la Directiva 2004/18. Por consiguiente, la primera parte del primer motivo es fundada.»⁴²

La sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012 dispuso una serie de límites al uso de las ecoetiquetas ambientales y sociales como referencia para la determinación de las especificaciones técnicas y criterios de adjudicación, que podemos resumir del siguiente modo:

— Los poderes adjudicadores no pueden exigir a las empresas que estén adscritas a un determinado sistema de ecoetiquetado. Con ello se sitúa en peor posición a las empresas que disponiendo de productos se agricultura biológica o de comercio justo, pero que no disponen del correspondiente sello. Los licitadores deben poder demostrar que sus productos son conformes con los criterios de dichas etiquetas, aunque dispongan de sellos distintos o incluso aunque carezcan de ellos⁴³.

— El poder adjudicador debe indicar expresamente en los pliegos de condiciones las características ambientales detalladas derivadas de un sistema de ecoetiquetado determinado. No puede hacer una referencia expresa y global al cumplimiento de los criterios de concesión de una concreta etiqueta, sino que debe concretarlos en los pliegos⁴⁴. El Tribunal considera que los poderes adjudicadores están obligados a «indicar expresamente las características medioambientales detalladas que desea imponer, incluso cuando recurra a las características definidas por una etiqueta ecológica». El poder adjudicador debe precisar las exigencias ambientales con suficiente claridad y los potenciales licitadores deben poder dirigirse a un «documento único y oficial». Estos operadores económicos no pueden quedar sujetos a los «imponderables de una búsqueda de información y a las posibles variaciones en el tiempo de los criterios relativos a una etiqueta ecológica». El Tribunal se aparta en este punto de las conclusiones de la abogada General, que no existe una prohibición general de establecer las características medioambientales de un producto por referencia global y expresa a una concreta etiqueta ecológica⁴⁵.

42. Una cuestión similar se resuelve en la Resolución 213/2011, de 14 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. En este caso el órgano de contratación exige en los pliegos de prescripciones técnicas de un contrato de suministro de ordenadores que estos productos dispongan del sello EPEAT. Se trata de una herramienta desarrollada por la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos, cuya función es el análisis y la acreditación de la eficiencia energética de tecnologías de la sociedad de la información. El Tribunal resuelve que en el pliego de prescripciones técnicas debería haberse admitido la posibilidad de acreditar la calidad medioambiental requerida por otros medios de prueba.

43. Véase, en este sentido, las Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentadas el 15 de diciembre de 2011, asunto C368/10, *Comisión Europea/Reino de los Países Bajos*, aps. 122 y 123.

44. Véase en este sentido la sentencia de 10 de mayo de 2012, asunto C-368/10, *Comisión Europea/Reino de los Países Bajos*.

45. «50. Sin embargo, en contra de la opinión de la Comisión, tal prohibición categórica de la utilización de etiquetas ecológicas no halla respaldo ni en el tenor del artículo 23, apartado 6, de la Directiva 2004/18, ni parece justificada por la finalidad perseguida por dicha disposición ni por el contexto en que se inserta.

La Directiva 2014/24 ha modulado este último criterio. Ofrece un planteamiento más abierto que el TJUE⁴⁶. Los poderes adjudicadores «podrán exigir» que las obras, los suministros o los servicios lleven etiquetas específicas que certifi-

51. Es cierto que el artículo 23, apartado 6, de la Directiva 2004/18 destaca las «especificaciones detalladas» que han de utilizar los poderes adjudicadores para describir las características medioambientales de los productos.

52. Pero esto no significa necesariamente que los poderes adjudicadores deban detallar en la documentación de sus contratos cada una de las especificaciones pertenecientes a una etiqueta ecológica concreta. Por el contrario, tienen libertad para remitirse en dicha documentación de forma general a todas las especificaciones en que se basen las correspondientes etiquetas, mediante la simple referencia a las etiquetas ecológicas. En este sentido se ha de entender que el artículo 23, apartado 6, de la Directiva 2004/18 permite a los poderes adjudicadores, para designar las características medioambientales, utilizar «especificaciones detalladas [...] tal como se definen en las etiquetas ecológicas europeas».

53. Tal remisión global está permitida, conforme a los claros términos de la disposición, no sólo en relación con las etiquetas ecológicas «europeas» —como la llamada «etiqueta ecológica de la UE» en el sentido del Reglamento (CE) n° 180/2000 o del Reglamento (CE) n° 66/2010—, sino también en relación con etiquetas ecológicas «nacionales», «plurinacionales» y «cualesquiera otras», siempre que satisfagan los criterios enumerados en los cuatro guiones del artículo 23, apartado 6, de la Directiva 2004/18.

54. A diferencia de lo que opina la Comisión, por lo demás, la remisión global a todas las especificaciones en que se base una etiqueta ecológica es, por lo general, perfectamente compatible con el principio de transparencia, que consta entre los principios fundamentales de la legislación de la UE en materia de contratación pública.

55. En efecto, el principio de transparencia sólo exige permitir el *acceso en condiciones de igualdad* de los licitadores a las especificaciones técnicas (artículo 23, apartado 2, de la Directiva 2004/18) y que las características medioambientales del producto suministrado sean suficientemente precisas para permitir a los licitadores *determinar el objeto del contrato* [artículo 23, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/18].

56. Para esto es, por regla general, plenamente suficiente una remisión global a las especificaciones en que se basa un sello ecológico. En efecto, de todo licitador razonablemente informado y que actúe con la normal diligencia se puede esperar que conozca las etiquetas ecológicas que se utilizan en el mercado en cuestión, o que, en todo caso, se informe en los organismos de certificación de dichas etiquetas sobre los criterios que aplican.

57. A esto se añade que a los efectos del establecimiento de las exigencias a los poderes adjudicadores no se puede pasar por alto el coste administrativo que lleva aparejado. Dicho coste ha de guardar siempre una adecuada proporción con los objetivos perseguidos por la legislación sobre contratación pública. Si las características medioambientales de un producto, desde el punto de vista de un licitador razonablemente informado, se pueden describir con suficiente precisión mediante la simple remisión genérica a las especificaciones que subyacen a un sello ecológico, sería excesivamente formalista exigir al poder adjudicador que, pese a todo, enumere una por una todas esas especificaciones.

58. Por lo demás, la lectura del último párrafo del artículo 23, apartado 6, de la Directiva 2004/18 deja claro también que en principio no está prohibida la referencia directa a etiquetas ecológicas. Allí se permite expresamente a los poderes adjudicadores establecer una presunción conforme a la cual los productos o servicios provistos de una determinada etiqueta ecológica se consideran acordes con las especificaciones técnicas definidas en el pliego de condiciones. Esta disposición carecería de sentido si sólo se permitiese a los poderes adjudicadores la mención individual de cada una de las especificaciones y no una referencia a la propia etiqueta ecológica correspondiente.

59. El hecho de que en el presente caso la provincia de NoordHolland haya hecho referencia en la documentación del contrato a una etiqueta ecológica sin relacionar detalladamente las especificaciones técnicas subyacentes, por tanto, por sí mismo no constituye una infracción del artículo 23, apartado 6, de la Directiva 2004/18.»

46. Sobre esta cuestión véase nuestro trabajo «Posibilidades y límites para el uso de las etiquetas ambientales en los procedimientos de contratación pública», GARCÍA PÉREZ, M., SANZ LARRUGA, F. J.,

quen determinadas características medioambientales, sociales o de otro tipo, siempre que acepten también etiquetas o medios de prueba equivalentes (art. 43). Esto permite simplificar la labor de definición de las cláusulas técnicas ambientales por parte del poder adjudicador, permitiendo que éste se remita directamente a una concreta etiqueta, pero sin exigirla.

Para finalizar nos gustaría destacar que en el asunto C-368/10, se plantea la posibilidad de establecer condiciones sociales de ejecución del contrato por referencia a etiquetas de comercio justo, renunciando a la detallada enumeración de los criterios que subyacen a la etiqueta. Si bien el Tribunal no se pronuncia sobre esta cuestión por cuestiones formales (aunque de acuerdo con lo analizado en este apartado podemos intuir que su planteamiento no habría sido favorable), la Abogada General considera admisible esta posibilidad⁴⁷. Como ya hemos apuntado en el epígrafe 3, la Abogada General incluso entiende que la determinación de condiciones de ejecución por referencia a etiquetas de comercio justo no sólo es válida, sino que es preferible a su especificación detallada. Considera que los órganos carecen de los conocimientos necesarios para realizar dicha operación. Además, mediante la referencia expresa y general a las etiquetas se evitaría el riesgo de fragmentación del mercado por el uso de cláusulas diversas basadas en planteamientos distintos de lo que debe entenderse por comercio justo⁴⁸.

De acuerdo con la doctrina del TJUE, el poder adjudicador debe indicar expresamente en los pliegos de condiciones las características ambientales detalladas derivadas de un sistema de ecoetiquetado determinado. De acuerdo con la sentencia de 10 de mayo de 2012, asunto C-368/10, los poderes adjudicadores no pueden hacer una referencia expresa y global al cumplimiento de los criterios de concesión de una concreta etiqueta, sino que debe concretarlos en los pliegos⁴⁹.

No obstante, la Directiva 2014/24 parece querer cambiar este último criterio. Ofrece un planteamiento más abierto, como veremos en el apartado siguiente⁵⁰.

PERNAS GARCÍA, J. J. (coord.), *Libre mercado y protección ambiental. Intervención y orientación ambiental de las actividades económicas*, INAP, Madrid, 2013.

47. Véase los apartados 88 a 90 de las Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentadas el 15 de diciembre de 2011, asunto C368/10, *Comisión Europea/Reino de los Países Bajos*.

48. Conclusiones de la Abogada General Sra. *Juliane Kokott* presentadas el 15 de diciembre de 2011, asunto C368/10, *Comisión Europea/Reino de los Países Bajos*: «91. En contra de lo alegado por la Comisión en la vista, de ningún modo se puede exigir a los poderes adjudicadores que reflejen en las condiciones de licitación sus propios planteamientos acerca del concepto de comercio justo. En la mayor parte de los casos carecerían de los conocimientos necesarios para ello. Además, los diferentes planteamientos de los poderes adjudicadores acerca de qué distingue al comercio justo (por ejemplo, los precios, la adecuada duración de las relaciones de suministro entre los comerciantes y los productores de los países en desarrollo, y la forma y el alcance de la prefinanciación de la producción albergan el grave riesgo de que se produzca una fragmentación del mercado. En consecuencia, tanto en interés de los potenciales licitadores como en interés de los poderes adjudicadores, es conveniente permitir una referencia a etiquetas de comercio justo en la adjudicación de contratos públicos de suministro.»

49. Véase en este sentido la sentencia de 10 de mayo de 2012, asunto C-368/10, *Comisión Europea/Reino de los Países Bajos*.

50. Sobre esta cuestión véase nuestro trabajo «Posibilidades y límites para el uso de las etiquetas ambientales en los procedimientos de contratación pública», GARCÍA PÉREZ, M., SANZ LARRUGA, F. J.,

Los poderes adjudicadores «podrán exigir» que las obras, los suministros o los servicios lleven etiquetas específicas que certifiquen determinadas características medioambientales, sociales o de otro tipo, siempre que acepten también etiquetas o medios de prueba equivalentes (art. 43). La Directiva abre claramente la posibilidad de definir especificaciones técnicas, criterios de adjudicación o condiciones de ejecución por referencia expresa y genérica a una determinada etiqueta, sin la posibilidad de restringir medios equivalentes de prueba del estándar ambiental o social definido por aquella. Esto permitiría simplificar la labor de definición de las cláusulas técnicas ambientales por parte del poder adjudicador, permitiendo que éste se remita directamente a una concreta etiqueta, pero sin exigirla. Con esta previsión el legislador comunitario es plenamente consciente de las carencias formativas y de conocimientos del personal de los órganos de contratación, y facilita la integración automática de consideraciones estratégicas sin riesgos jurídicos. Con todo, la Comisión Europea ha entendido que «(...) puede considerarse una buena práctica el hacer siempre referencia a los criterios subyacentes a una etiqueta, con el fin de garantizar que todos ellos son pertinentes y que estarán claros para todos los licitadores»⁵¹.

La LCSP se separa de la Directiva en este punto, siguiendo la doctrina TJUE de la sentencia de 10 de mayo de 2012, asunto C-368/10, previa a la aprobación de la Directiva 2014/24, que se aparta de aquella. La LCSP dispone que «la indicación de una etiqueta específica en las prescripciones técnicas en ningún caso exime al órgano de contratación de su obligación de detallar con claridad en los pliegos las características y requisitos que desea imponer y cuyo cumplimiento la etiqueta específica exigida pretende probar» (art. 127.5, LCSP). Entendemos que esta previsión ha sido introducida, siguiendo la doctrina de la sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012, con el ánimo de facilitar a todos los operadores las características técnicas que van asociadas a la etiqueta de referencia, con el ánimo de ofrecer mayores garantías de transparencia e igualdad de trato, especialmente pensando en aquellos operadores que no dispone de la citada etiqueta.

No obstante, este planteamiento de la LCSP parece excesivamente formal. La determinación de las cláusulas o criterios ambientales por referencia global y expresa a una etiqueta ambiental, que cumpla los criterios exigidos por la LCSP, no debería poner en riesgo las exigencias del principio de transparencia y publicidad⁵² —siempre, claro está, que no incluya criterios de concesión subjetivos referidos al comportamiento de la empresa—. La propia Comisión Europea ha recomendado en algún momento la inclusión de cláusulas de remisión global al cumplimiento de las especificaciones de una concreta etiqueta en los pliegos de los contratos públicos, en las fichas de productos que están siendo elaboradas

PERNAS GARCÍA, J. J. (coord.), *Libre mercado y protección ambiental. Intervención y orientación ambiental de las actividades económicas*, INAP, Madrid, 2013.

51. *Adquisiciones ambientales*, 3ª edición, 2016, p. 35.

52. Véase en parecidos términos MEDINA ARNÁIZ, Teresa, «La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho administrativo*, núm. 153, enero-marzo 2012, pp. 239 y 240.

para facilitar a los poderes de adjudicación europeos la integración de consideraciones ambientales⁵³. Con todo, la LCSP ha optado por la prudencia ante la diversidad de las etiquetas ambientales y su diferente configuración, así como la dificultad para acreditar en el caso concreto si estos sistemas cumplen las condiciones del artículo 127.1 LCSP, destinadas a garantizar el cumplimiento de los principios de proporcionalidad, igualdad y transparencia.

Con todo, a nuestro juicio, esta previsión se aleja del matizado enfoque de la Directiva 2014/24. Estas cautelas son innecesarias especialmente con relación a las etiquetas de carácter público o las que tienen un amplio reconocimiento en el mercado, cuyos criterios son claramente públicos y accesibles. Entendemos que esta previsión desincentiva el uso de las etiquetas y reduce su potencial impacto como instrumentos de mercado, que facilita un uso objetivo y seguro de criterios ambientales y sociales, ya que los técnicos de los órganos de contratación van a tener dificultades para la identificación de las especificaciones técnicas de concesión de concretas etiquetas.

III. CONCLUSIONES

1. Las etiquetas ambientales, de sólida base científica, accesibles y elaboradas en un contexto participativo amplio, son una base adecuada para fijar criterios o cláusulas ambientales comunes a escala comunitaria, y reducir el riesgo de utilización de la compra pública verde de modo proteccionista y discriminatorio. Desde la perspectiva más concreta del propio procedimiento de contratación, las etiquetas ambientales, que respondan a las notas indicadas, pueden servir de referencia clara, precisa, segura y objetiva para integrar las consideraciones ambientales en las diferentes fases del procedimiento, de forma simplificada y sin poner en riesgo los principios de igualdad y de transparencia.

2. Es necesario también mejorar el conocimiento y la capacidad del personal en la utilización de las etiquetas ambientales. Sin formación del personal de los entes del sector públicos implicados en la preparación de los contratos, difícilmente vamos a atender a un avance firme y jurídicamente seguro en el uso de la contratación como apoyo a las políticas ambientales.

La inclusión de criterios o cláusulas ambientales debe ir acompañado de un seguimiento adecuado. En caso contrario, el nivel de cumplimiento en la ejecución del contrato será reducido, y nos encontraremos ante una implantación aparente y puramente formal del enfoque estratégico. Este es el gran resto en la utilización estratégica de la contratación pública, especialmente en una Administración pública, como la local, precarizada por años de tasa de reposición

53. En las fichas elaboradas para productos y servicios de limpieza o para papel para copias y papel gráfico la Comisión apunta que «se puede indicar [en los pliegos de prescripciones técnicas] que deben cumplirse los criterios subyacentes a cierta etiqueta ecológica, siempre y cuando sean aptos para definir el producto y también se acepten otras formas de prueba» (véase el sitio Web sobre contratación pública verde de la Comisión Europea, http://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm, 4 de enero de 2012).

y con menor capacidad para hacer un seguimiento adecuado de los contratos. En este contexto, la contratación de servicios de control de calidad, de fácil aplicación, por parte de las Administraciones públicas se presenta como la alternativa más viable para contrarrestar estas carencias.

3. La aprobación de criterios comunes y sencillos de aplicar en el ámbito de la UE, tal y como está haciendo la Comisión Europea, está contribuyendo a simplificar esta labor para los órganos de contratación. En la aprobación de fichas de criterios comunes para cada producto o servicio, la Comisión selecciona los criterios de concesión de las etiquetas que pueden ser utilizados sin riesgo de discriminación u opacidad en la adjudicación de contratos. La disponibilidad de estos criterios comunes, basados en parte en etiquetas Tipo I, reduce la incertidumbre de los órganos de contratación y minimiza los riesgos jurídicos y los costes administrativos, razones que inhiben hasta el momento el desarrollo de la contratación pública verde.

Este esfuerzo de determinación comunitaria de criterios comunes no ha tenido continuidad en la Administración estatal, poco interesada en el fomento de esta herramienta fundamental para el impulso de un modelo de desarrollo social y ambientalmente más eficiente. Es precisa una voluntad política decidida para revertir esta situación en el ámbito estatal y en aquellas CCAA que non han dado prioridad al uso estratégico de la contratación pública, que planifique y ejecute de forma decidida acciones de formación y capacitación del personal de las administraciones públicas, de intercambio de experiencias de éxito entre entidades del sector público y de desarrollo de fichas de criterios y cláusulas estratégicas, seguras jurídicamente, para el mayor número posible de contratos.

BIBLIOGRAFÍA

ARROWSMITH, S., KUNZLIK, P., *Social and environmental policies in EC procurement Law*, Cambridge University Press, 2009.

COMISIÓN EUROPEA:

— *Compras ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2005.

— *Green public procurement and european ecolabel*, 2008.

— *Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en los contratos públicos*, 2010.

— *Manual sobre contratación pública ecológica*, 2ª edición, 2011.

GUALBRAND, Lars H., «Creating markets for eco-labelling: are consumers insignificant?» *International Journal of Consumer Studies*, vol. 30, issue 5.

LOZANO CUTANDA, Blanca:

— *Derecho ambiental administrativo*, La Ley, Madrid, 2010

— «El futuro de la «Flor Europea»: la nueva etiqueta ecológica de la UE», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. I, núm. 1, 2010;

MEDINA ARNÁIZ, Teresa, «La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho administrativo*, núm. 153, enero-marzo 2012.

MORA RUIZ, Manuela, *La gestión ambiental compartida: función pública y mercado*, Editorial Lex Nova, 2007.

PERNAS GARCÍA, J. J. , *Contratación pública verde*, La Ley, Madrid, 2011.

WILSHER, Dan, «Reconciling national autonomy and trade integration in the context of eco-labeling», en ARROWSMITH, S., KUNZLIK, P., *Social and environmental policies in EC procurement Law*, Cambridge University Press, 2009.

Capítulo 5

LA PERSPECTIVA AMBIENTAL DE LA LEY 9/2017, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, ESPECIAL REFERENCIA AL COSTE DEL CICLO DE VIDA*

Ximena Lazo Vitoria

Profesora de Derecho Administrativo

Universidad de Alcalá

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace tiempo la Unión Europea viene utilizando la contratación pública para promover la sostenibilidad ambiental. Se trata de una decisión estratégica que pretende introducir cambios significativos en las licitaciones del sector público y propiciar un «mercado único» que incluya el elemento ambiental en sus procesos de producción, comercialización, venta y fin de vida de las obras, productos y servicios¹. De forma paralela, algunos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) han sido decisivos para abrir el de-

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación UAH, CCG2016/UM-083. Un avance de la parte relativa al «coste del ciclo de vida» fue presentada en el VIII Annual Conference of the Spanish Association of Law and Economics, AEDE 2017, Madrid 29 y 30 de junio.

1. Un cambio nada sencillo si se recuerda, por ejemplo que, durante los trabajos preparatorios de la Directiva 93/37/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, buena parte de los Estados miembros se manifestaron en contra de la introducción de criterios de carácter no estrictamente económico en los procesos licitatorios de dichos contratos.

bate sobre esta materia² y para la adopción subsiguiente de orientaciones generales (v.gr. Libro Verde de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 1996 «La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro») así como de disposiciones de contenido ambiental en las Directivas europeas de contratación pública.

En la actualidad, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece la obligación de incluir las exigencias relativas a la protección ambiental en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la UE, en particular con el objeto de fomentar un desarrollo sostenible (art. 11). Dicha obligación explica buena parte de las reformas incorporadas por las Directivas de contratación pública de marzo de 2014 (Directivas de cuarta generación) en el ámbito de la compra pública verde³. Cabe destacar que entre los fines específicos perseguidos por la nueva legislación europea se incluye la utilización de la contratación pública en apoyo de los «*objetivos sociales comunes*». Una expresión amplia que engloba no solo el adecuado respeto de las normas medioambientales sino también de aquellas otras de orden laboral y social. Dicho respeto, subraya el legislador europeo, debe producirse durante todo el *iter procedimental* (criterios de exclusión, elección de participantes, ofertas anormalmente bajas, adjudicación) incluida la fase de *ejecución contractual*. Respecto de esta última, se declara la obligación de los Estados miembros de garantizar que se «cumplan las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho Internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X» (art. 18.2 Directiva 2014/24).

II. PRINCIPALES MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL ÁMBITO DE LA COMPRA PÚBLICA VERDE POR LA DIRECTIVA 2014/24 Y SU TRANSPOSICIÓN POR LA LEY 9/2017

En este contexto, a continuación, se exponen las principales novedades en materia de compra pública verde que aporta la nueva regulación europea, así como un breve comentario acerca de su tratamiento por la LCSP:

2. Vid. entre otras, las SSTJUE de 17 de septiembre de 2002, «Concordia Bus Finland» asunto C-513/99 (incorporación como criterio de adjudicación la reducción de emisiones de óxido de nitrógeno, nivel de ruido) y de 4 de diciembre de 2003, «Wienstrom» asunto C-448/01 (suministro eléctrico a una administración federal de Austria con porcentaje de fuentes renovables).

3. El Considerando segundo de la Directiva 2014/24 es bien explícito al declarar que «la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europea 2020, como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos».

2.1. La posibilidad de excluir a los operadores económicos del procedimiento de contratación (Directivas europeas de contratación) y su traducción en las prohibiciones de contratar (Derecho español de la contratación)

Las nuevas Directivas de contratación pública de 2014 consagran varios motivos de exclusión de los operadores económicos (art. 38 Directiva 2014/23; art. 57 Directiva 2014/24; y art. 80 Directiva 2014/25) de los respectivos procedimientos de licitación. Como viene siendo tradicional, se trata de motivos que impiden contratar con el sector público en atención a la falta de probidad, integridad u honestidad del respectivo licitador. Del mismo modo que la legislación precedente, las nuevas Directivas distinguen dos grupos de razones en base a las cuales un operador económico puede ser excluido del respectivo procedimiento de licitación. Así, utilizando como ejemplo la Directiva 2014/24, cabe distinguir, motivos de exclusión «obligatorios» y que se recogen en los dos primeros apartados del art. 57 y, aquellos otros que tiene un carácter facultativo, en el sentido que su aplicación queda entregada a la valoración del respectivo órgano de contratación (art. 57.4). Pues bien, en este último grupo el legislador establece ahora explícitamente —la Directiva 2004/18 no consagraba esta posibilidad— que los poderes adjudicadores (por sí mismos o a petición de los Estados miembros) puedan excluir del respectivo procedimiento a los licitadores cuando puedan demostrar «por cualquier medio apropiado» que se han incumplido las obligaciones aplicables en virtud del antes citado art. 18.2 (véase art. 57.4 a) Directiva 2014/24).

La referencia a las *obligaciones ambientales* contenidas en la citada norma (art. 18.2 Directiva 2014/24) es amplísima lo que sugiere la posibilidad de un paralelo ensanchamiento de la regulación española en esta materia (prohibiciones de contratar, art. 60 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público). Y así ha tenido lugar ya que la Ley 9/2017 introduce una muy notable ampliación en lo que se refiere a las infracciones administrativas. Como se recordará, el art. 60.1 c) RDL 3/2011 establecía la prohibición de contratar con personas sancionadas (con carácter firme) por «infracción *muy grave* en materia medioambiental» de acuerdo con lo establecido en una serie de leyes estatales (Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos; en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres; en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases; en la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos; en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación).

En cambio, la nueva regulación, aunque mantiene el grado de la infracción (muy grave) como presupuesto de la prohibición, ha eliminado la referencia a las citadas leyes. La redacción del precepto, en lo que aquí importa, tiene el si-

guiente tenor «haber sido sancionado con carácter firme por infracción muy grave en materia medioambiental *de conformidad con lo establecido en la normativa vigente*» (art. 71.1 b Ley 9/2017). Como se deduce de su sola lectura el cambio es muy significativo. La prohibición de contratar opera ahora no por referencia a infracciones *recogidas en un grupo acotado de leyes* (las que antes se han transcrito) sino que según lo establecido en la normativa vigente.

Sin perjuicio de lo anterior, la Ley 9/2017 mantiene la extensión de las prohibiciones de contratar para aquellos licitadores condenados por sentencia firme por delitos relativos a la «ordenación del territorio y urbanismo, protección del patrimonio histórico» (introducidos a la legislación contractual mediante la Ley 40/2011). Una reforma que merece una valoración positiva puesto que, como es sabido, graves afectaciones al medio ambiente tienen lugar precisamente por decisiones adoptadas en el ámbito del urbanismo y la ordenación del territorio.

2.2. La potestad de no adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa

Otro aspecto de la mayor relevancia se recoge en el art. 56. 1 b) *in fine* Directiva 2014/24 en los siguientes términos:

«los poderes adjudicadores *podrán decidir no adjudicar* un contrato al licitador que presente la oferta económicamente mas ventajosa cuando hayan comprobado que la oferta no cumple con las obligaciones aplicables contempladas en el art. 18 apartado 2».

Se trata de una importantísima potestad porque permite nada menos que no adjudicar el contrato a la mejor oferta (la oferta económicamente más ventajosa, en los términos de las Directivas europeas) cuando se constate que la *oferta* presentada incumple, en lo que aquí importa, las normas protectoras del medio ambiente. Esta herramienta puede ser muy útil para desincentivar comportamientos poco respetuosos con el medio ambiente: el peligro de ser «excluido» en la fase de adjudicación y ello a pesar de haber presentado una oferta de alto nivel, la mejor oferta para ser precisos.

En el texto del Anteproyecto de LCSP, la transposición de la citada norma se anunciaba en el art. 148 (clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato)⁴. A pesar de ello, su contenido no recogía la potestad de exclusión de la OEV que consagra la Directiva 2014/24 y así se puso de manifiesto en las oportunas alegaciones al citado Anteproyecto de Ley en fase de información pública⁵. Por su parte, la Ley 9/2017 sí ha incorporado la citada disposición aunque, en mi pa-

4. Una muy buena técnica legislativa adoptada por el ALCSP fue el señalar entre paréntesis al lado de cada artículo, el precepto o preceptos de la respectiva Directiva europea y, en su caso, el o los considerandos pertinentes. De ahí que sea posible afirmar que el ALCSP anunciaba la transposición del citado precepto en su entonces art. 148 que contenía la siguiente indicación en su apartado segundo [Artículo 56.1. *último párrafo* y Considerando (37) DN].

5. Alegaciones presentadas en mayo de 2015 sobre aspectos ambientales del ALCSP.

recer, no con la suficiente claridad y extensión (segundo párrafo art. 201). La citada disposición establece en su primer párrafo lo siguiente (una cita obligada para comprender adecuadamente lo que aquí se analiza):

«Los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V». Una disposición que incorpora prácticamente de forma literal el apartado segundo del art. 18 Directiva 2014/24.

Pues bien, el segundo párrafo del art. 201 establece lo que sigue:

«Lo indicado en el párrafo anterior se establece sin perjuicio de la potestad de los órganos de contratación de tomar las oportunas medidas para comprobar, durante el procedimiento de licitación, que los candidatos y licitadores cumplen las obligaciones a que se refiere el citado apartado».

Este párrafo del art. 201 Ley 9/2017 podría interpretarse como la transposición del antes citado art. 56.1.d) Directiva. Y digo podría interpretarse porque es cierto que entre una redacción y otra hay cierta distancia. La norma española autoriza expresamente a los órganos de contratación a «tomar las oportunas medidas» mientras que la europea señala una en concreto (la más drástica, cabe añadir), es decir, la no adjudicación del contrato a la OEV. Podría entenderse, haciendo una interpretación integradora que ahí donde el legislador europeo autoriza la medida más intensa, el legislador nacional ha optado por señalar todo el amplio abanico de actuación posible. Sin embargo, el aspecto más problemático reside a mi juicio en que el legislador español refiere dichas medidas a la mera comprobación del cumplimiento de las normas ambientales, sociales, etc. Esta redacción puede desincentivar su aplicación (en los términos fijados por el legislador europeo) al entenderse que la atribución no es explícita (rechazo OEV). También convendría subrayar que la atribución del Derecho europeo lo es respecto de la *oferta y no se relaciona con exigencias de solvencia u otros requisitos subjetivos relacionados con la persona del licitador*.

Como quiera que sea, el texto de la Directiva es prevalente y es obligatorio interpretar las normas internas de modo que se permita la plena aplicación y efectividad de las disposiciones europeas de contratación pública.

2.3. Exigencias relativas a los sistemas de gestión ambiental: solvencia técnica

La Directiva 2014/24 se refiere a esta materia en su art. 62.2. En su primera parte, la citada norma se limita a reiterar las prescripciones que ya se contenían en la Directiva precedente, es decir, que la exigencia de certificados de gestión ambiental se referirá al sistema comunitario (EMAS), a otros sistemas reconocidos según el Reglamento 1221/2009 o a otras normas de gestión medioam-

biental basadas en normas europeas o internacionales pertinentes de organismos acreditados.

La novedad estriba en la restricción o, si se prefiere, mayor rigurosidad para admitir «pruebas de medidas equivalentes que presenten los operadores económicos». Como se recordará, la Directiva 2004/18 se limitaba a establecer que los poderes adjudicadores «también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de gestión medioambiental que presenten los operadores económicos». Una previsión que ha generado una notable conflictividad sobre qué debe entenderse por «medidas equivalentes» y cuándo pueden entenderse cumplidas (véanse, entre muchas otras, Resolución nº 254/2011, de 26 de octubre de 2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; Acuerdo 26/2012, de 13 de julio de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

La Directiva 2014/24 establece ahora que:

«si el operador económico puede demostrar que no tiene acceso a certificados de este tipo, o que no tiene la posibilidad de obtenerlos dentro del plazo fijado por causas que no le sean atribuibles, el poder adjudicador también aceptará otras pruebas de medidas de gestión medioambiental, a condición de que el operador económico demuestre que dichas medidas son equivalentes a las exigidas con arreglo al sistema o norma de gestión medioambiental aplicable» (art. 62.2 párrafo segundo).

La restricción en el uso de medidas equivalentes para acreditar la solvencia técnica resulta evidente. Por un lado, su uso solo es posible en el caso de que se demuestre que no se tiene acceso a los respectivos certificados o que teniéndolo no pudieron ser obtenidos en plazo (sin culpa del operador jurídico) y, por otro, no basta ya con la mera presentación de documentos, certificados, declaraciones responsables, etc., sino que es imprescindible que el operador jurídico demuestre la equivalencia de los mismos en relación con los certificados exigidos por el poder adjudicador.

Las normas antes expuestas han sido incorporadas por el art. 94 Ley 9/2017 de forma prácticamente literal. Sin embargo, no se ha consignado en la citada disposición la primera restricción es decir, que el operador jurídico demuestre la falta de acceso a los respectivos certificados, previéndose únicamente la prueba de su equivalencia.

2.4. El cumplimiento de las obligaciones medioambientales por las empresas subcontratistas

Uno de los objetivos de las Directivas europeas de cuarta generación es facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en la contratación pública⁶. Buena prueba de ello es el conjunto de medidas que se recogen en el art. 71 (relativo a la subcontratación) de la Directiva 2014/24. Pero

6. Vid. Considerando 2 de la Directiva 2014/23 que establece que «deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública... a fin de incrementar la eficiencia del gasto público,

junto a ello y en lo que aquí interesa es igualmente importante asegurar que las empresas subcontratistas respeten la normativa medioambiental. Es esta obligación la que viene a establecer ahora el legislador europeo al indicar que: «las autoridades nacionales competentes se encargarán de asegurar, mediante la adopción de las medidas adecuadas dentro de su ámbito de competencia y su mandato, que los subcontratistas cumplan las obligaciones contempladas en el art. 18.2» (art. 71.1 Directiva 2014/24).

La LCSP establece el régimen jurídico de la subcontratación en sus arts. 214 a 217. Como viene siendo tradicional, la legislación española consagra la regla según la cual el contratista principal es quien asume la total responsabilidad del contrato ante la Administración. De ahí que el art. 215.4 establezca que «los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal». Dicha obligación tiene lugar con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento descriptivo y a los términos del contrato incluido, en lo que aquí importa destacar, «el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral a que se refiere el art. 201».

2.5. Ofertas anormalmente bajas

También hay novedades relevantes en lo que respecta al régimen jurídico de las ofertas anormalmente bajas. Como es sabido, la regulación intenta garantizar la seriedad de las ofertas presentadas y, por ello, cuando las mismas «parezcan anormalmente bajas», los poderes adjudicadores deberán exigir explicaciones a los licitadores. Pues bien, dichas explicaciones incluyen ahora *dos aspectos nuevos no contemplados* en la legislación precedente (el listado contenido en la derogada Directiva 2004/18 se limitaba a exigir el «respeto de las disposiciones relativas a la protección y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la presentación» ex art. 55.1 d).

En concreto, el art. 69.1 Directiva 2014/24 dispone que los poderes adjudicadores pedirán explicaciones relativas al precio o a los costes propuestos en la oferta, pudiendo referirse a cualquiera de los aspectos que menciona en su apartado segundo (el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el art. 18. 2. antes citado; cumplimiento de obligaciones medioambientales y/o sociales por parte de los subcontratistas; el ahorro que permite el proceso de fabricación, etc).

Ahora bien, en el caso de que los poderes adjudicadores comprueben que una oferta es anormalmente baja por incumplir normativa medioambiental (social o laboral) la «rechazarán», según dispone el art. 69.3. párrafo segundo. Un tenor literal que contrasta notoriamente con la regulación (menos estricta) prevista para el resto de supuestos «el poder adjudicador *solo podrá* rechazar la oferta...». Esta importante norma se ha trasladado al ámbito interno mediante el

facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en la contratación pública».

apartado 4 (penúltimo párrafo) del art. 149 LCSP cuyo tenor es el siguiente: «*En todo caso*, los órganos de contratación *rechazarán* las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el art. 201»⁷.

2.6. Condiciones especiales de ejecución del contrato

A esta materia se refiere el art. 70 de la Directiva 2014/24 que establece que las condiciones especiales de ejecución «podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo». Pues bien, el legislador español va un poco más allá de lo que prevé la norma europea ya que, tal y como se advierte en su Preámbulo, la Ley impone la *obligación* al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo que se listan en el art. 202.

III. COSTE DEL CICLO DE VIDA (CCV) Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

3.1. Breve aproximación conceptual

Esta metodología fue desarrollada en el ámbito de la defensa con la finalidad de comparar diferentes alternativas de inversión. En efecto, el concepto de CCV nació en 1965 cuando el Instituto de Gestión Logística de Estados Unidos (United States Logistics Management Institute) usó este término en un documento militar⁸. Específicamente, para estimar el coste de productos con larga vida como tanques y tractores. Posteriormente, el Departamento de Defensa de Estados Unidos (U.S. Department of Defense) publicó tres guías en la década de los 70. Estos documentos fueron el germen de esta metodología y desde entonces, muchas han sido las publicaciones que han incluido este método⁹.

7. En el Preámbulo de la LCSP se subraya que «se introducen normas más estrictas tanto en beneficio de las empresas como de sus trabajadores, de manera que las nuevas normas endurecen las disposiciones sobre esta materia en las denominadas ofertas anormalmente bajas. Así se establece que los órganos de contratación rechazarán as ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque no cumplan las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral».

8. Sobre el origen del CCV véase Okano, K. (2001): «Life cycle costing-An approach to life cycle cost management: A consideration from historical development. Asia Pacific Management Review, 6(3): 317-341.

9. Para el ámbito de la defensa en España véase Pastor Sánchez, J. (2015): «Procedimiento de estimación del coste del ciclo de vida de un sistema de armas en España». Tesis Doctoral, UNED, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado.

El CCV pone de manifiesto y considera los verdaderos costes involucrados en un contrato de obras, suministros o servicios (adquisición, mantenimiento, etc.) incluidos los costes medioambientales¹⁰. Su aplicación permite realizar comparaciones válidas y más transparentes entre las distintas ofertas presentadas a los efectos de elegir aquella cuyo coste de ciclo de vida (y no el mero precio de adquisición) es menor¹¹.

3.2. El CCV en las Directivas europeas de contratación pública

Las Directivas de contratación pública de 2014 recogen profusamente el CCV tanto en sus considerandos como en su parte normativa. En todo caso, nótese que la regulación del CCV contenida en la Directiva 2014/23 es sensiblemente inferior a las otras dos Directivas (24 y 25). Sin embargo, ello no es atribuible a una menor importancia del CCV en el caso de los contratos de concesión de obras o de servicios sino a las características propias de la Directiva 2014/23¹². De hecho, entre los criterios verdes diseñados por la Comisión europea para las carreteras (uno de los objetos tradicionales del contrato de concesión de obra pública) se cuentan numerosas referencias al CCV¹³.

Seguidamente se adjunta un cuadro comparativo que recoge la regulación del CCV en las Directivas de 2014 que permite tener una visión global de su régimen jurídico.

10. La literatura sobre CCV es ya bastante considerable. Para una visión general de esta figura y su aplicación al ámbito de la contratación pública véase: Sustainable Public Procurement Regions, SPP Regions (2017): *Life Cycle Costing State of the art report*, disponible en www.sppregions.eu. También resulta obligada la consulta de *Adquisiciones Ecológicas, Manual sobre contratación pública ecológica* (3ª edición), Oficina de Publicaciones de la UE, 2016.

En el ámbito español de la contratación pública se han ocupado de este tema Delgado Fernández, R. (2016): «El cálculo del CCV en la contratación administrativa», *Gabilex* nº 7, 2016, pp. 116-152; y Sola Teyssiere, J.: «El coste del ciclo de vida como criterio de adjudicación del contrato», *Contratación Administrativa Práctica*, nº 151, 2017.

11. Un estudio sobre los beneficios del CCV en el ámbito de la contratación pública en Nucci, B., Iraldo, F., De Giacomo, M. R. (2016). *The relevance of Life Cycle Costing in Green Public Procurement. Economics and Policy of Energy and the Environment*, 9: 91-109

12. La Directiva 2014/23 es la primera regulación armonizada aprobada por la Unión Europea para los contratos de concesión, optándose no por un estatuto acabado sino más bien por una «coordinación mínima» que puede ser desarrollada e incluso completada por los Estados miembros (véase Considerando 8 de la citada Directiva).

13. Vid. Comisión Europea: «Criterios de contratación pública ecológica para el diseño, la construcción y el mantenimiento de carreteras», 10 de junio de 2016, especialmente epígrafe Tercero donde se declara que «las consideraciones relativas al coste del ciclo de vida (CCV) han servido de base para la elaboración de los criterios de CPE de la UE aplicables al diseño, construcción y mantenimiento de carreteras. El CCV se puede utilizar para evaluar el coste total de la propiedad de una carretera durante su diseño o vida útil. En particular, permite evaluaciones comparativas de los costes a lo largo de un período especificado, teniendo en cuenta todos los factores económicos pertinentes tanto en términos de costes del capital inicial como de costes operativos y de sustitución de activos futuros»

Tabla 1

	Directiva 2014/23	Directiva 2014/24	Directiva 2014/25
Considerandos	64	74, 92, 95, 96, 97 y 129	83, 97, 100, 101, 102, 134
Disposiciones	Sin regulación	Arts. 2.20, 42, 67.2, 68 y 70.	Arts. 2.16, 60, 82.2 y 83
Anexos	Sin anexo	<u>Anexo VII</u> Definición de determinadas especificaciones técnicas <u>Anexo XIII</u> Lista de los actos jurídicos de la unión contemplada en el artículo 68, apartado 3	<u>Anexo VIII</u> Definición de determinadas especificaciones técnicas <u>Anexo XV</u> Lista de los actos jurídicos de la unión contemplada en el artículo 83, apartado 3

Fuente: Elaboración propia

El CCV es un término compuesto «coste» y «ciclo de vida» que, como se ha dicho, pretende identificar y cuantificar la totalidad de los costes involucrados en la adquisición de unos bienes o en la contratación de obras o servicios¹⁴. La Directiva 2014/24 define el «ciclo de vida» en su art. 2 «Definiciones» apartado primero, número 20 del siguiente modo:

«Todas las fases consecutivas o interrelacionadas, incluidas la investigación y el desarrollo que hayan de llevarse a cabo, la producción, la comercialización y sus condiciones, el transporte, la utilización y el mantenimiento, a lo largo de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento y el fin de un servicio o de una utilización».

Como se aprecia de su simple lectura, el ciclo de vida es un concepto comprensivo que incluye la totalidad de las fases de la existencia de un producto, obra o servicio.

El legislador europeo establece que el CCV puede incorporarse ya sea como criterio de adjudicación o bien como una condición de ejecución contractual. Seguidamente se analiza el primer ámbito (criterio de adjudicación) porque es donde se localiza la regulación sustantiva de esta figura y a la que se remite la propia Directiva 2014/24 al regular las condiciones de ejecución (art. 70).

14. En efecto, según declara el Considerando 96 Directiva 2014/24 «la noción de coste del ciclo de vida incluye todos los costes a los largo del ciclo de vida de las obras, suministros y servicios».

3.3. El CCV como criterio de adjudicación de los contratos

a. Precisiones previas acerca de los criterios de adjudicación y de la oferta económicamente más ventajosa (OEV)

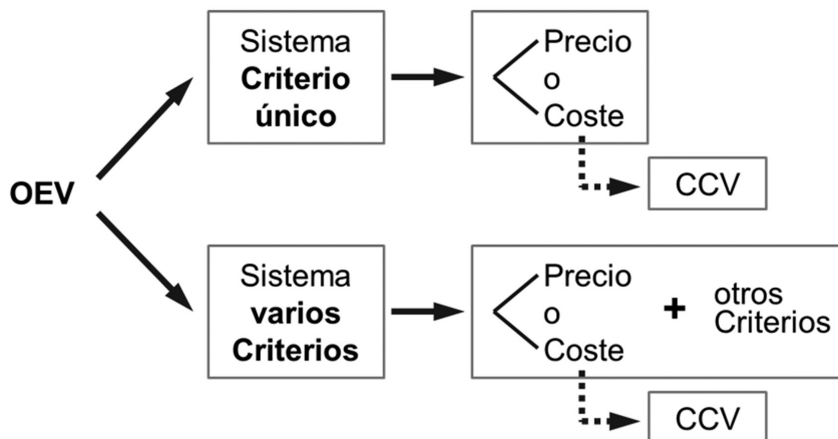
Los criterios de adjudicación de los contratos se regulan específicamente en el art. 67 de la Directiva 2014/24; norma que introduce importantes cambios terminológicos y de fondo en relación con el régimen jurídico precedente.

El cambio terminológico al que antes se ha aludido atañe al contenido de la OEV: a partir de ahora se entenderá que la misma comprende la mejor oferta elegida en base a un criterio único o aplicando varios criterios o parámetros¹⁵. Una ampliación semántica que pretende simplificar la aplicación de las normas ya que como señala el legislador europeo la utilización de la expresión «oferta económicamente más ventajosa» como concepto preponderante [entiéndase aplicable a ambos sistemas] es útil ya que «en último término todas las ofertas ganadoras deben haberse escogido con arreglo a lo que el poder adjudicador considere la mejor solución, económicamente hablando, entre las recibidas» (Considerando 89, primera parte). Por tanto, en las nuevas Directivas de contratación pública OEV significa la oferta seleccionada por el poder o entidad adjudicadora (de entre las que se haya presentado a la respectiva licitación) por representar la que mejor satisface el interés público.

La novedad de fondo se refiere a la determinación OEV en base a *un criterio único*. A este respecto, la Directiva 2014/24 añade como *criterio alternativo* al precio, el coste. Ello significa que si el poder adjudicador opta por el citado sistema (determinación de OEV mediante un único criterio o parámetro de valoración) cuenta ahora con *dos posibilidades*: puede optar por el precio o el coste. Ahora bien, si opta por esta última alternativa (coste) deberá utilizar «un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68...» (art. 67 Directiva 2014/24).

15. Recuérdese que la Directiva 2004/18 (derogada y sustituida por la vigente Directiva 2014/24) establecía dos sistemas de adjudicación: a) el precio más bajo; y b) la oferta económicamente más ventajosa. Esta última incluía además del precio otros criterios según el tipo de prestación (plazo de ejecución, rentabilidad, valor técnico, etc). Así se explicaba que «la adjudicación de un contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas de competencia efectiva. Por consiguiente, conviene admitir únicamente la aplicación de *dos criterios*, a saber, el del *precio más bajo* y el de la *oferta económicamente más ventajosa*» (Considerando 46).

Ilustración 1:



Fuente: elaboración propia

Cuando el poder adjudicador opte por aplicar varios criterios para determinar la OEV, la Directiva 2014/24 subraya la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales. El art. 67 de la citada Directiva aporta los siguientes ejemplos:

- la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, *medioambientales* e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones.
- La organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato.
- El servicio de posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega y el plazo de ejecución.

b. La vinculación con el objeto del contrato

Otro aspecto que aclara la Directiva 2014/24 es el relativo a la imprescindible vinculación de los criterios de adjudicación con el objeto del contrato. Se trata de una aclaración pertinente y necesaria ya que, como es sabido, uno de los aspectos más conflictivos en la compra pública verde ha sido precisamente el de la acreditación de dicha vinculación. La incorporación del CCV apura más aún si cabe esa precisión por cuanto, podría ponerse cuestionarse dicha vinculación cuando, por ejemplo, se incluya como criterio de adjudicación un determinado ahorro energético en la producción de un determinado suministro.

Por este motivo, establece ahora el legislador que se cumple el citado requisito, cuando los criterios se refieran a las obras, suministros o servicios «en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida». Y para reafirmar lo anterior, incluye expresamente a los factores que intervienen:

- a) en el proceso de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o
- b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida.

Y si eso no fuera suficiente el art. 67.3. in fine Directiva 2014/23 termina declarando que la vinculación con el objeto del contrato se cumple cuando los referidos criterios de adjudicación se refieran a factores del ciclo de vida «incluso cuando dichos factores *no formen parte de su sustancia material*».

c. Cálculo del coste del ciclo de vida

El CCV es el sistema que adopta la UE para fijar el coste de una obra, servicio o suministro de forma alternativa a su precio. Por ello, dedica una disposición específica, el art. 68 Directiva 2014/24, destinada a fijar lo que es sin duda el aspecto más complejo de esta figura, me refiero a su cálculo. Las reglas que se establecen son las siguientes:

¿qué costes se pueden incluir en el CCV?

El legislador europeo establece que pueden incluirse dos categorías de costes. En líneas generales, dichas categorías aluden a) costes directos; b) costes indirectos¹⁶. En los términos de la citada norma:

- a) Costes sufragados por el poder adjudicador o por otros usuarios, tales como:
 - i) los costes relativos a la adquisición;
 - ii) los costes de utilización, como el consumo de energía y otros recursos;
 - iii) costes de mantenimiento;
 - iv) los costes de final de vida, como los costes de recogida y reciclado
- b) los costes imputados a externalidades medioambientales vinculadas al producto, servicio u obra durante su ciclo de vida a condición de que su valor monetario pueda determinarse y verificarse; estos costes podrán incluir el coste de las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes, así como otros costes de mitigación del cambio climático.

16. De forma equivalente podría hablarse de costes internos y de costes externos que es la terminología que emplea el Considerando 96 de la Directiva 2014/24.

Nótese que dentro del grupo primero (costes directos) el legislador establece un listado no taxativo y que en el segundo, condiciona su inclusión a la determinación de su valor monetario.

Ilustración 2: elaboración propia

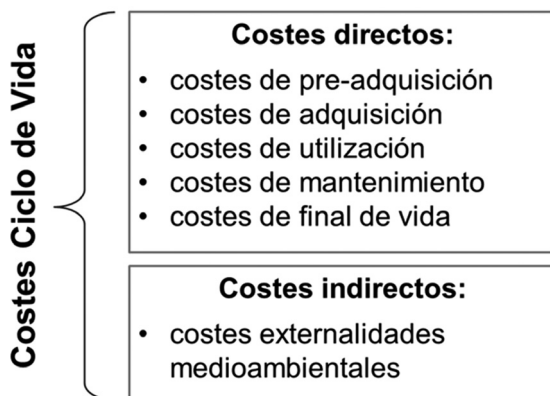


Ilustración 2: elaboración propia

¿Debe incluirse la totalidad de los costes del ciclo de vida? La función de los poderes y entidades adjudicadoras y su discrecionalidad limitada.

El legislador europeo no exige que la totalidad de los costes del ciclo de vida de una obra, servicio o suministro se reflejen en los criterios de adjudicación sino que entrega esta decisión al respectivo poder o entidad adjudicadora. Nótese que el legislador establece en el cálculo del CCV deberá incluirse «en una medida pertinente», «la totalidad o una parte de los costes». Ello implica que corresponde precisamente a los citados poderes y entidades fijar aquella medida pertinente (todos o algunos costes) así como las fases del ciclo de vida que se utilizarán. Dicho de otro modo, aunque el concepto CCV abarca todos los costes imaginables, su aplicación (como criterio de adjudicación) permite «limitar» los elementos que se tomarán en consideración.

Sin embargo, debe aclararse que en dicha tarea el poder o entidad adjudicadora tienen una libertad de configuración limitada. Ello es así porque la fase o aspecto del CCV que se escoja para su traducción en los pliegos como criterio de adjudicación tiene que necesariamente tomar en consideración la realidad sobre la que se aplica, es decir, el CCV específico de la obra, servicio o suministro que se quiera licitar.

¿a quién corresponde fijar el método para calcular el CCV? ¿cuáles son sus requisitos?

El art. 68.2 de la Directiva 2014/24 establece que cuando se utilice el CCV se deberá indicar en los pliegos los datos que deban facilitar los licitadores, así

como el método que utilizará el poder adjudicador para determinar los costes del ciclo de vida sobre la base de dichos datos.

Además, según establece el art. 68.2 Directiva 2014/24, en el caso de que se incluyan costes imputados a externalidades medioambientales, el método deberá cumplir las siguientes condiciones:

- a) deberá basarse en criterios verificables objetivamente y que no sean discriminatorios. Este método podrá ser general «establecido para una aplicación repetida o continuada» o específico. Pero en este último caso, se advierte, «no favorecerá o perjudicará indebidamente a operadores económicos determinados.
- b) Ser accesible para los interesados
- c) los operadores económicos «normalmente diligentes» han de poder facilitar los datos exigidos con un «esfuerzo razonable».

Sin perjuicio de lo anterior, la Directiva 2014/24 propicia la aplicación de métodos comunes para el cálculo del CCV; así se declara de forma expresa en el art. 68.3 «cuando un acto legislativo de la Unión haga obligatorio un método común para calcular los costes del ciclo de vida, ese método común *se aplicará* a la evaluación de los costes del ciclo de vida». Con dicha finalidad, se incluye en el Anexo XIII de la citada Directiva aquellos actos legislativos por medio de los cuales se han fijado tales métodos comunes. Hasta la fecha, únicamente se da cuenta de la Directiva 2009/33/CE, de 23 de abril, relativa a la promoción de vehículos de transporte por carreteras limpios y energéticamente eficientes.

Como es fácil comprender la virtualidad práctica del CCV depende en buena medida del desarrollo de afinados métodos para su cálculo. Pero también en ello reside el enorme desafío que comporta la aplicación de esta técnica. Por ello, la Comisión Europea viene auspiciando estudios con la finalidad de establecer metodologías válidas y contrastadas que faciliten su implantación de modo general¹⁷. En esta línea se inserta, por ejemplo, el contrato de servicio «Development of a cycle costing (LCC) calculation tool»¹⁸ cuya finalidad es, como su propio nombre indica, desarrollar una herramienta concreta, es decir, un método para calcular el CCV para determinados productos (equipamiento electrónico sanitario, alumbrado de edificios y calles, máquinas de vendig, etc) de acuerdo con las prescripciones del art. 68 de la Directiva 2014/24¹⁹.

17. En este sentido, el Considerando 96 de la Directiva 2014/24 establece que «deben elaborarse métodos comunes a escala de la Unión Europea para el cálculo de los costes del ciclo de vida correspondientes a categorías específicas de suministros o de servicios...».

18. Vid. ec.europa.eu/environement/gpp/news_archive_en.htm

19. No obstante, tal y como advierte el propio estudio, la herramienta aporta información sobre los costes directos del CV pero no así de los costes indirectos. En efecto, en el caso de las externalidades ambientales su evaluación se circunscribe a la fase de uso del respectivo producto pero no considera la totalidad del CV (no se ajusta a la metodología de la Huella Ambiental establecida en el Anexo I de la Recomendación de la Comisión de 9 de abril de 2013).

d. El CCV como criterio de adjudicación en la nueva LCSP. La regla de la preferencia

Una vez expuesto la regulación europea, corresponde ahora revisar la forma en que dichas disposiciones han sido incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico. Antes de ello, es necesario realizar ciertas precisiones conceptuales relacionadas con los criterios de adjudicación en la nueva LCSP. Ello es así, porque el legislador español prescinde del concepto «oferta económicamente más ventajosa» empleado por las Directivas europeas y declara que la adjudicación de los contratos se realizará atendiendo a la «mejor relación calidad-precio» (arts. 131.1 y 145.1 LCSP). Dicha relación se conforma aplicando criterios cualitativos y económicos. Entre los primeros, el órgano de contratación podrá incluir aspectos sociales o medioambientales vinculados al objeto del contrato.

De la regulación que sucintamente se ha expuesto pueden extraerse dos conclusiones. La primera es que el esquema de los criterios de adjudicación del derecho europeo (un criterio o multicriterio) no resulta alterado aunque se haya preterido la referencia a la OEV. Ello es así porque sigue siendo posible adjudicar contratos basándose solo en el precio o en éste añadiendo aspectos cualitativos. La segunda es que siendo ello así, el legislador español ha establecido una preferencia por el segundo sistema («mejor relación calidad-precio») lo que significa que los contratos regulados por la LCSP deberán adjudicarse por regla general aplicando dicho modelo. Desde luego esta decisión representa un cambio profundo en relación con la legislación precedente (RDL 3/2011) por cuanto el precio ha perdido el lugar central que ocupaba en la misma. Esto es lo que se declara con meridiana claridad en el art. 131.2 primera parte «la adjudicación se realizará, *ordinariamente* utilizando una *pluralidad de criterios* de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio».

El desarrollo de los criterios de adjudicación y de sus requisitos se establece en el art. 145 que distingue entre a) sistema mejor relación calidad precio (sistema ordinario) y b) sistema de adjudicación basado en el precio o coste, en cuyo caso el legislador exige de una motivación adecuada en el expediente contractual que justifique su aplicación. En todo caso, hay determinados contratos (los que se incluyen en el listado del art. 145. 3 LCSP) que únicamente pueden ser adjudicados por el sistema ordinario (precio y calidad).

La definición y requisitos del CCV en la LCSP (art. 148) no es sino una transposición literal de las normas europeas, por lo que puede darse por reproducido aquí el análisis que antes se ha efectuado. Con todo cabe hacer notar que el legislador español ha establecido una *preferencia* en el uso del CCV por sobre otros sistemas al establecer en el art. 148.4 que «los órganos de contratación calcularán los costes a que se refieren los apartados primero y segundo del artículo 145 atendiendo, preferentemente, al coste del ciclo de vida».

Capítulo 6

LAS OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS: ESPECIAL REFERENCIA A LOS CRITERIOS MEDIOAMBIENTALES

Marta Alba Pacheco

Bids & Tender Manager

Especialista en contratación pública

Licenciada en Derecho por la Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. La regulación de las ofertas anormalmente bajas en la Ley 9/2017. 2. El procedimiento de detección de las ofertas anormalmente bajas. 2.1. La detección de las ofertas anormalmente bajas: El tratamiento de las ofertas vinculadas y los parámetros objetivos para su consideración. 2.1.1. El tratamiento de las ofertas vinculadas para la consideración de las ofertas anormalmente bajas. 2.1.2. Los parámetros objetivos para identificar una oferta como anormalmente baja. 2.2. El momento en el que debe apreciarse la temeridad de las ofertas. ¿Se solicita justificación a todas las ofertas incurso en presunción de temeridad? 2.3. El contenido del trámite de audiencia para justificar las ofertas anormalmente bajas. Especial mención al cumplimiento de las obligaciones medioambientales. 2.4. La importancia del informe del servicio técnico. La presunción iuris tantum del informe. 2.5. La decisión de admisión o inadmisión de la oferta anormalmente baja. 3. Conclusiones.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, proclama en su Exposición de Motivos que introduce, como novedad, una regulación más exhaustiva de las ofertas anormalmente bajas, tomando en consideración la posibilidad de que resulten rechazadas cuando se compruebe que incumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral. Este capítulo analiza la nueva regulación que se recoge de esta figura en la

LCSP2017 haciendo una especial mención al establecimiento de criterios medioambientales.

1. LA REGULACIÓN DE LAS OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS EN LA LEY 9/2017

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (a la que denominaremos en adelante, LCSP2017 por diferenciarla de su antecesora, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, LCSP), comienza a abordar la regulación de las ofertas anormalmente bajas desde su Exposición de Motivos, donde señala que, en esta norma *«se introducen normas más estrictas tanto en beneficio de las empresas como de sus trabajadores, de manera que las nuevas normas endurecen las disposiciones sobre esta materia en las denominadas «ofertas anormalmente bajas». Así, se establece que los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral.»*

Incide la Exposición de Motivos en la materia, al proclamar que destaca en el Libro II, en la regulación relativa a la adjudicación de las Administraciones Públicas, el régimen de las ofertas anormalmente bajas.

Así, el artículo 149 que regula el régimen de las ofertas anormales en la LCSP2017, profundiza en la regulación de la figura, frente a lo que disponía el artículo 152 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

Como ejemplo de la importancia que le da la LSP2017 a esta cuestión, destaca que en el artículo 44 de la LCSP2017 califica, ya expresamente, como acto de trámite cualificado susceptible de recurso especial en materia de contratación, la exclusión de aquellas ofertas que resulten anormalmente bajas¹. Ello no significa que en el marco normativo anterior dicho acto no fuera considerado susceptible de recurso, ya que indudablemente era susceptible de recurso espe-

1. El artículo 40.2.b) del TRLCSP se limitaba a indicar que sería susceptible de recurso especial en materia de contratación, *«los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.»*

El actual artículo 44.2.c) de la LCSP2017 modifica el último inciso señalado, de forma que indica que *«En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.»*

cial en materia de contratación la exclusión del licitador cuando se entendía que su oferta no había sido debidamente justificada después de haber sido considerada incurso en valores anormales. Como ejemplo de ello puede citarse el Acuerdo del Tribunal de Recursos Contractuales de Madrid número 52/2015, de 8 de abril, que estima el recurso interpuesto contra la exclusión de la recurrente por dichos motivos.

Pero en la figura de las bajas temerarias también se plasma la utilización de la contratación pública como instrumento para implementar políticas públicas², de forma que se introducen cuestiones medioambientales, entre otras, para determinar si una oferta resulta justificada y es viable para dar cumplimiento a los términos del contrato.

Así lo señala el Considerando 40 de la Directiva 2014/24/UE que apunta que *«El control del cumplimiento de dichas disposiciones de Derecho medioambiental, social y laboral debe realizarse en las respectivas fases del procedimiento de licitación, a saber, cuando se apliquen los principios generales aplicables a la elección de participantes y la adjudicación de contratos, al aplicar los criterios de exclusión y al aplicar las disposiciones relativas a ofertas anormalmente bajas.»*

Sentado lo anterior, pasemos a analizar de forma más profunda la institución de las ofertas anormales o desproporcionadas o, como vienen a denominarse ahora en la LCSP2017, las ofertas anormalmente bajas.

2. EL PROCEDIMIENTO DE DETECCIÓN DE LAS OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS

El artículo 149 de la LCSP2017 proclama en su apartado primero que *«en los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo»* regulando a tal efecto el procedimiento que habrá de seguirse para su justificación y que se sustanciará en las fases que se analizan seguidamente.

2.1. La detección de las ofertas anormalmente bajas: El tratamiento de las ofertas vinculadas y los parámetros objetivos para su consideración

El referido precepto apunta, en su apartado segundo, que la identificación de las ofertas incursas en valores anormales le corresponderá a la mesa de con-

2. La Exposición de Motivos de la LCSP2017 proclama que *«El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia.»*

tratación cuando su actuación sea preceptiva, o al órgano de contratación, en caso contrario, plasmando la Ley, de forma clara, esta competencia³ que ya venía recogida en la letra f) del artículo 22.1 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP2017.

2.1.1. El tratamiento de las ofertas vinculadas para la consideración de las ofertas anormalmente bajas

De forma previa a la aplicación de los parámetros objetivos que permitan calificar una oferta como anormal, deberán detectarse aquellas ofertas que se encuentren vinculadas, es decir, aquellas ofertas presentadas por empresas que pertenezcan a un mismo grupo, conforme a lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio, que dispone que se presumirá que existe grupo empresarial cuando una sociedad, calificada como dominante, se encuentre en relación con otras, que se calificarán como dependientes, concurriendo alguna de las siguientes situaciones:

a) Posea la mayoría de los derechos de voto.

b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.»

Asimismo, deberá tenerse en consideración esta vinculación entre los socios de las sociedades en los términos previstos en el artículo 86.2 del Real Decreto 1098/2000, de 12 de octubre, que desarrolla el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, RGLCAP), que dispone que *«Cuando se presenten distintas proposiciones por sociedades en las que concurran alguno de los supuestos alternativos establecidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio, respecto de los socios que las integran, se aplicarán res-*

3. El artículo 326.2.c) atribuye a la mesa de contratación, como órgano de asistencia técnica especializada, *«la propuesta sobre la calificación de una oferta como anormalmente baja, previa tramitación del procedimiento a que se refiere el artículo 149 de la presente Ley».*

pecto de la valoración de la oferta económica las mismas reglas establecidas en el apartado anterior.»

Para realizar esta valoración, los licitadores deberán haber declarado esta circunstancia en la forma establecida en el artículo 140 y 141 de la LCSP2017, de forma que se permita a la mesa de contratación conocer la vinculación entre las empresas que presentan las ofertas y ello teniendo en cuenta que, aunque los artículos citados no recogen dicha circunstancia y el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) tampoco la contempla, el apartado tercero del artículo 86 del RGLCAP sí exige que *«... las empresas del mismo grupo que concurran a una misma licitación deberán presentar declaración sobre los extremos en los mismos reseñados.»*

Además, ha de considerarse que dispone el artículo 149 en su apartado tercero que se considerarán vinculadas las ofertas con independencia de que presenten la oferta en solitario o conjuntamente con otra empresa ajena al grupo con la que concurra en unión temporal de empresas, de forma que indica que *«...se tomará únicamente, para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, aquella que fuere más baja»⁴.*

En suma, cuando se detecten ofertas vinculadas, en los términos expuestos, deberá tomarse aquella que fuera más baja para la aplicación de los parámetros objetivos que identificarán una oferta como anormal o desproporcionada y ello con independencia de que la vinculación se aprecie entre ofertas presentadas por licitadores que concurran separadamente o en unión temporal de empresas.

2.1.2. Los parámetros objetivos para identificar una oferta como anormalmente baja

La calificación de una oferta como incursa en presunción de anormalidad habrá de venir motivada en la aplicación de parámetros objetivos, los cuales deberán estar reflejados en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, conforme a los siguientes criterios:

- Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se deberá atender a lo dispuesto en el clausulado del propio Pliego, en los cuales

4. El Informe 34/2012, de 14 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. «Interpretación del art. 86 del Reglamento de la LCAP sobre la posible adjudicación de un contrato a empresas que conforman una UTE. CNC» ya concluía que *«de acuerdo con una interpretación teleológica del artículo 86.1 del Reglamento General debe entenderse que cuando concurran a una licitación pública empresas que pertenezcan a un mismo Grupo, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas anormales o desproporcionadas, la oferta más baja, y ello con independencia de que presenten su proposición en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al Grupo y con las cuales concurran en unión temporal»*, añadiendo que, *«No es posible tomar en consideración, en ninguna medida, el porcentaje de participación en la UTE para determinar el control de la misma, para la aplicación del mecanismo del artículo 86 del Reglamento General, toda vez que una respuesta negativa es la única coherente con la interpretación teleológica o finalista del citado precepto.»*

habrá de establecerse los parámetros objetivos, *«referidos a la oferta considerada en su conjunto»*⁵

Si el Pliego no prevé nada al respecto no cabrá apreciar la existencia de ofertas anormalmente bajas, tal y como ha afirmado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 58/08, de 31 de marzo de 2009. No obstante, a este respecto, el tenor literal del precepto parecería, en principio, y por la utilización de fórmulas que denotan un valor imperativo, sentar la obligación de que el clausulado recoja expresamente los criterios objetivos que determinarán que una oferta sea considerada como anormal, y ello por cuanto el artículo 149.2 en su letra b) dispone que en este supuesto, «[...] se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal [...]».

- Cuando el único criterio a considerar para la adjudicación sea el precio, en primer lugar se deberá atender a lo dispuesto en el clausulado administrativo y, en caso de que no existiera previsión al respecto, deberá atenderse a los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente.

A este respecto, deberemos acudir a lo señalado en el artículo 85 RGLCAP que contempla los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en función del número de licitadores que hayan sido admitidos a esa fase de la licitación.

En cualquiera de los dos casos, es decir, cuando estemos ante varios criterios de adjudicación o cuando se refiera únicamente al precio, para el establecimiento, en el pliego de cláusulas administrativas particulares, de parámetros objetivos que determinen la consideración de una oferta como anormalmente baja, podrán considerarse criterios ambientales, ya que, como afirma PERNAS GARCÍA, J.J.⁶ *«Las importantes implicaciones económicas de la regulación ambiental, o las exigencias de medios humanos y materiales o los costes derivados del cumplimiento de determinadas especificaciones técnico-ambientales, pueden llevar al órgano de contratación a apreciar la existencia de una oferta anormal o desproporcionada, por inadecuada integración o consideración de los costes ambientales. Pueden surgir dudas sobre la viabilidad de las ofertas a la luz, por ejemplo, de los costes y de las exigencias derivadas de la gestión de residuos en un contrato de obras o de concesión de obra pública»*, de forma que el órgano de contratación podrá valorar los criterios medioambientales en la consideración de los paráme-

5. En este sentido parece que, en este caso, el artículo referido está imposibilitando que se establezcan parámetros objetivos referidos únicamente al precio ya que prevé expresamente que los parámetros se refieran *«a la oferta considerada en su conjunto»*.

6. PERNAS GARCÍA, Juan José, *«La integración del medio ambiente en la Directiva 2004/18 y en la Ley de Contratos del Sector Público»*, integrada en la obra *«Contratación Pública Verde»*, Ed. LA LEY, Diciembre 2011.

tros objetivos que determinen que una oferta está incurso en presunción de temeridad.

Por lo tanto, y conforme ha sido expuesto, la determinación de una oferta como incurso en baja temeraria requerirá de la realización del siguiente análisis:

- En primer lugar deberán considerarse las ofertas presentadas por entidades vinculadas, de forma que, en caso de que se aprecie la concurrencia de dicha circunstancia, deberá considerarse la más baja de las ofertas presentadas para la aplicación de los parámetros objetivos que determinarán que una oferta se considere incurso en presunción de temeridad.
- Seguidamente se deberán aplicar los parámetros contemplados en el Pliego. En caso de que no se haya previsto dicha circunstancia, cuando el único criterio sea el precio, deberá atenderse a lo contemplado en el artículo 85 del RGLCAP que distingue aquellos supuestos en los que concurra uno, dos, tres o cuatro o más licitadores⁷. Respecto a esta cuestión se debe tener en consideración que la calificación de la temeridad ha de venir referida, en todo caso, a la media de las ofertas admitidas, de forma que la mención contenida en el artículo 85 respecto al supuesto en el que concurran tres licitadores y que afirma que, sin perjuicio de lo dispuesto respecto al cálculo de la media, se entenderá que, en todo caso, será desproporcionada la baja que sea superior a 25 unidades porcentuales⁸, ha de entenderse tácitamente derogada.

En este aspecto el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en su Resolución 70/2014, indicó ya, en su momento, que *«Así para el caso de que el sistema elegido por el órgano de contratación para la adjudicación del contrato sea el del criterio único precio, que se corresponde con la antigua subasta, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, en este caso el que ya está establecido, pero no de cualquier forma sino por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.*

Por lo tanto, cualquier sistema establecido o que se quiera establecer en el futuro tiene que respetar esta previsión legal, y es que se haga, insistimos, por refe-

7. A pesar de su antigüedad, resulta muy interesante para la práctica, la Recomendación 8/2002, de 4 de febrero de 2003, de la Comisión Consultiva de Contratación de Andalucía, sobre interpretación de los artículos 85 y 86 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, la cual, no obstante, deberá aplicarse atendiendo a aquellas circunstancias que no contradigan la normativa actualmente vigente en la materia.

8. El artículo 85.3 del RGLCAP proclama que se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos: *«[...] 3. Cuando concurran tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.»*

rencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado. De esta forma en tanto en cuanto el apartado 3 del artículo 85 establece un porcentaje de baja fijo, -el 25%—, con independencia de las ofertas que se hayan presentado, este Tribunal considera que no es de aplicación, o dicho en otras palabras que se encuentra tácitamente derogado. En este sentido cabe citar el informe de la Abogacía del Estado 12/2009, de 27 de septiembre, cuyas conclusiones se comparten.»

2.2. El momento en el que debe apreciarse la temeridad de las ofertas. ¿Se solicita justificación a todas las ofertas incursas en presunción de temeridad?

Respecto al momento en el que la mesa de contratación, en su caso, o el órgano de contratación, deberá articular el mecanismo de detección de la baja temeraria, se dudaba sobre si la justificación de la oferta se realizaría una vez formulada la clasificación de las ofertas conforme a los criterios de adjudicación o con carácter previo a ello.

En este sentido, el Dictamen de la Abogacía del Estado de 29 de septiembre de 2008 «sobre la forma de proceder en el caso de ofertas con valores anormales o desproporcionados a la luz de los artículos 135.1, 135.2 y 136.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público» ya aclaró que *«debe darse audiencia a todos los licitadores cuyas ofertas presentan valores anormales o desproporcionados con carácter previo al cálculo de la puntuación económica de las ofertas y su ordenación consiguiente a los efectos de adjudicar provisionalmente el contrato»* de forma que, *«El cálculo de la puntuación económica de las ofertas debe realizarse excluyendo a las que no justifiquen su viabilidad tras el trámite de audiencia a quienes hayan presentado esas ofertas anormales.»*

Esta ha sido la interpretación adoptada por los Tribunales de Recursos Contractuales, los cuales han afirmado que *«valorar las ofertas que presenten valores desproporcionados o anormales, que finalmente podrían ser inválidas, puede alterar la puntuación y determinar la adjudicación de un contrato a empresa distinta a la que resultaría si se hubieran excluido previamente dichas ofertas»* (Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Madrid número 45/2012, de 3 de mayo, citando, a su vez, la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales en su Resolución número 333/2011).

No obstante, lo expuesto parece contradecirse con la regulación que sobre la materia se contiene en la LCSP2017 respecto al procedimiento simplificado. Así, el artículo 159.4, cuando regula las especialidades de este procedimiento, señala en la letra f), que, en la misma sesión de la mesa de contratación en la que se produzca la apertura del sobre que contenga la oferta evaluable mediante criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, una vez se haya procedido a la apertura en acto público, *«en el caso de que la oferta del licitador que haya obtenido la mejor puntuación se presuma que es anormalmente baja por darse los supuestos previstos en el artículo 149, la mesa [...] seguirá el procedimiento previsto en el citado artículo, si bien el plazo máximo*

para que justifique su oferta el licitador no podrá superar los 5 días hábiles desde el envío de la correspondiente comunicación.»

De la lectura del citado precepto parece desprenderse que, en el procedimiento simplificado, la mesa de contratación tan sólo requerirá para que justifique la temeridad de su oferta a aquel licitador que haya resultado primer clasificado y ello con independencia de que existan más ofertas que se encuentren incursas en presunción de temeridad.

Ya tuve la oportunidad de pronunciarme sobre dicha cuestión⁹, sosteniendo entonces que *«si se interpreta que el procedimiento de justificación se realizará únicamente para el primer clasificado, propuesto como adjudicatario, ello conllevaría que, en el supuesto de que no presentase la garantía definitiva, o incluso de no justificar su oferta, y hubiere varias ofertas calificadas como anormales o desproporcionadas, habría que articular el procedimiento de justificación de la oferta para ese nuevo adjudicatario»*, lo que determinaría una manifiesta pérdida de celeridad en un procedimiento que persigue la adjudicación del contrato en el plazo de un mes, en los términos de la Exposición de Motivos de la LCSP2017¹⁰.

En todo caso y, a salvo de la consideración hecha sobre el procedimiento abierto simplificado, el trámite de justificación de aquellas ofertas anormalmente bajas deberá sustanciarse respecto de todas las ofertas que se encuentren en dicha situación y siempre con carácter previo a la clasificación de las ofertas.

9. ALBA PACHECO, Marta; *«Los nuevos procedimientos de contratación y los sistemas de racionalización de la contratación de las Administraciones Públicas»*, El Consultor de los Ayuntamientos, Revista número 23/2017, de 15 de diciembre.

10. En este mismo sentido se pronunció RUIZ DAIMIEL, Manuel, en su artículo *«Tres errores en el nuevo procedimiento abierto simplificado»*, publicado en el Observatorio de Contratación Pública, el 24 de abril de 2017, al afirmar que *«Esta forma de actuar es una cuestión pacífica al menos en el Estado desde el Dictamen de la Abogacía General del Estado de 29 de septiembre de 2008, donde en interpretación de los entonces artículos 135 y 136 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, actuales 151 y 152 TRLCSP, se establecía que la apreciación de si una oferta era o no temeraria debía realizarse antes de la valoración y darse audiencia a todos los licitadores incursos en presunción de temeridad para la justificación de sus ofertas. Y este criterio es el que se recoge en el artículo 147 del proyecto de ley que establece expresamente que deberá requerirse justificación de su oferta «al licitador o licitadores que las hubieren presentado», evidentemente antes de la valoración y propuesta de adjudicación ¿Por qué actuar de manera diferente en función de si es simplificado o no el procedimiento abierto? ¿Acaso piensan que así se ahorrará tiempo y se conseguiré el objetivo del mes? ¿Dónde está el aborro?»*

No tiene ningún sentido ni justificación aparente, no supone ningún aborro de tiempo pues la mesa tendrá que volver a reunirse sí o sí para proponer al órgano de contratación la aceptación o rechazo de la oferta. ¿Y qué ocurre si no se considera justificada la oferta temeraria del propuesto y el segundo clasificado también es temerario? Habrá que realizar nuevamente el trámite ¿no? y a lo mejor hasta una tercera o cuarta vez, dependiendo del número de ofertas desproporcionadas. O puede ocurrir que finalmente el propuesto como adjudicatario cuya oferta desproporcionada haya sido aceptada no sea finalmente adjudicatario porque no constituya por ejemplo la garantía definitiva, y baya que acudir al segundo clasificado...pero si éste ha presentado una oferta anormal o desproporcionada habrá que requerirle justificación de la misma ya que no se ha becho antes, por lo que al final se tardará más tiempo en adjudicar el contrato.»

2.3. El contenido del trámite de audiencia para justificar las ofertas anormalmente bajas. La especial mención al cumplimiento de las obligaciones medioambientales

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se ha pronunciado reiteradamente afirmando (por todas la Resolución número 1019/2017, de 3 de noviembre de 2017) que *«el objeto de la justificación requerida al licitador que ha formulado una oferta incurso en presunción de anormalidad de la baja, es el de explicar satisfactoriamente la baja propuesta y permitir al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. En igual sentido, el artículo 69.3 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, señala que: «El poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos...»»*

Al respecto, la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 28 de enero de 2016 (recurso T-570/13), recuerda que: *«[...] al examinar el carácter anormalmente bajo de una oferta, el poder adjudicador está obligado a solicitar al licitador que aporte las justificaciones necesarias para acreditar que su oferta es seria (véanse, en ese sentido y por analogía, las sentencias de 27 de noviembre de 2001, Lombardini y Mantovani, C-285/99 y C-286/99, Rec, EU:C:2001:640, apartados 46 y 51; de 29 de marzo de 2012 (TJCE 2012,75), SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, Rec, EU:C:2012:191, apartado 28, y Data Medical Service, citada en el apartado 55 supra, EU:C:2014:2466, apartado 47). La existencia de un debate contradictorio efectivo, en una fase adecuada del procedimiento de examen de las ofertas, entre el poder adjudicador y el licitador a fin de que éste pueda probar que su oferta es seria, constituye una exigencia fundamental en materia de adjudicación de contratos públicos, destinada a evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar una sana competencia entre las empresas (véanse, en ese sentido y por analogía, las sentencias Lombardini y Mantovani, antes citada, EU:C:2001:640, apartado 57; Data Medical Service, citada en el apartado 55 supra, EU:C:2014:2466, apartado 48, y de 21 de mayo de 2008, Belfass/Consejo, T-495/04, Rec, EU:T:2008:160, apartados 97 y 98)».*

Así, dispone el artículo 149, en su apartado cuarto, que la mesa de contratación, o, en su defecto, el órgano de contratación, *«deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos».*

Señala el precepto citado que el requerimiento deberá ser claro, de forma que se permita justificar de forma plena y oportuna la viabilidad de su oferta. En suma, tal y como afirma el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 303/2013, de 17 de julio, *«la información justi-*

ficativa no puede entenderse como información numérica, detallada y exhaustiva sino, en los términos en que está pensada en la Ley, como información que justifique ante el órgano de contratación que se puede cumplir la proposición, en particular, en cuanto a las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga o el procedimiento de ejecución del contrato.»

Es más, *«No se trata, por tanto, de que éste justifique exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de argumentar de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo; obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta»* (Resolución número 662/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

Conforme a ello, el órgano de contratación, o la mesa de contratación, deberá solicitar la justificación sobre las condiciones de la oferta que *«sean susceptibles de determinar el bajo nivel de precio o costes de la misma»*, en particular, continúa el apartado cuarto del artículo citado, sobre el ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción; las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras; la innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras; la posible obtención de una ayuda de Estado y, por último, y con carácter novedoso, ahora en la LCSP2017, no solo en relación con el respeto a las obligaciones que resulten aplicables en materia social o laboral, sino, asimismo, el respeto a las obligaciones de carácter medioambiental, de forma que proclama que no serán aceptadas aquellas ofertas cuyos precios se encuentren por debajo de mercado o que incumplan el artículo 201.

El referido precepto obliga a los órganos de contratación a garantizar que, en la ejecución del contrato, los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral. Se configura, por tanto, a través de dicho precepto, una obligación del responsable del contrato que deberá garantizar que durante la ejecución el contratista da cumplimiento a dichas obligaciones. Y esto tiene relevancia a los efectos que nos ocupa, por cuanto, si de la justificación aportada por el licitador durante el trámite de audiencia se desprendiese un incumplimiento de estas obligaciones, deberá tenerse por no justificada la baja ofertada y ser excluida del proceso de licitación, ya que lo contrario comprometería la ejecución del contrato en los términos previstos en los pliegos.

Así lo señala el Considerando 103 de la Directiva 2014/24/UE que dispone que *«Las ofertas que resulten anormalmente bajas con relación a las obras, los suministros o los servicios podrían estar basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, económico o jurídico. Cuando el licitador no pueda ofrecer una explicación suficiente, el poder adjudicador debe estar facultado para rechazar la oferta. El rechazo debe ser obligatorio en los casos en que el poder adjudicador haya comprobado que el precio y los costes anormalmente bajos propuestos resultan del incumplimiento del Derecho impe-*

rativo de la Unión o del Derecho nacional compatible con este en materia social, laboral o medioambiental o de disposiciones del Derecho laboral internacional.»

En palabras de PERNAS GARCÍA, J.J.¹¹ «...los costes derivados de las exigencias de la normativa ambiental, de las especificaciones técnicas y de las condiciones de ejecución del contrato pueden ser un criterio de referencia para la valoración del carácter normal y proporcionado de las ofertas. En el caso de que el órgano de contratación aprecie que la oferta puede ser anormal o desproporcionada, el oferente tendrá que explicar cómo podrá garantizar la realización de la prestación al precio ofrecido y, a la vez, garantizar el cumplimiento de la legislación ambiental y de las prescripciones técnico-ambientales.»

Es más, el artículo 129 de la LCSP2017 prevé la posibilidad de que el pliego de cláusulas administrativas particulares indique el organismo al que los licitadores podrán dirigirse para obtener información sobre las obligaciones asociadas a la protección del medio ambiente relativas al contrato licitador por lo que, en caso de que el órgano de contratación hubiera optado por esta mención en los pliegos, el licitador cuya oferta fuera considerada anormalmente baja podrá articular esta petición de información para, a partir de ella, justificar debidamente la viabilidad de la misma en términos del cumplimiento, entre otra, de la normativa medioambiental.

En todo caso, el inciso final del apartado cuarto del artículo 149 dispone que *«Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico».*

Sentado lo anterior respecto del contenido del requerimiento de justificación, debemos plantearnos a continuación cuál sería el plazo adecuado que debería conferirse al licitador para su presentación.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 440/2014, señala que, en defecto de previsión expresa en los Pliegos, deberá acudirse al plazo general previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común, por lo que, atendiendo al artículo 82.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, deberá otorgarse, como mínimo, un plazo de diez días hábiles para la justificación de la oferta todo ello teniendo en cuenta que la LCSP2017 obliga a conferir «plazo suficiente» que permita al licitador presentar la correspondiente justificación.

No obstante, es preciso notar que, en sede del procedimiento abierto simplificado, el artículo 159.4.f) apartado 4º establece que el plazo máximo para que el licitador justifique su oferta no podrá superar cinco días hábiles desde el envío de la correspondiente comunicación, de forma que, dentro de dicho margen, deberá determinarse cuál es el plazo adecuado y suficiente a otorgar.

11. Véase la nota al pie Número 4.

2.4. La importancia del informe del servicio técnico. La presunción *iuris tantum* del informe

Emitidas las alegaciones por parte del licitador, deberá recabarse informe del servicio técnico correspondiente, el cual deberá analizar si conforme a la justificación aportada y partiendo de la configuración del contrato así como con los condicionantes expuestos de respeto a las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral, es viable la oferta en los términos señalados.

Respecto a qué hemos de entender por servicio técnico, habrá que considerar al respecto el contenido del requerimiento efectuado y, como no, el propio objeto del contrato, de forma que para valorar el cumplimiento de las obligaciones de carácter medioambiental deberá contarse con un servicio especializado en la materia que permita dilucidar si las alegaciones realizadas por el licitador son suficientes para justificar el cumplimiento de las obligaciones medioambientales asociadas al contrato y la viabilidad de su oferta en dichos términos.

En todo caso, la motivación juega un papel imprescindible en esta fase del procedimiento, por cuanto, el informe debe aportar al órgano de contratación o a la mesa de contratación los argumentos necesarios para admitir o rechazar la oferta.

En palabras de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M¹², *«La clave por lo tanto está en que la justificación del licitador sea analizada con rigor por los servicios técnicos, como precisa el ATACPA 5/2013, de 25 de enero de 2013: «se requiere un informe técnico detallado que, sobre lo alegado por el licitador, ponga de relieve que esta anormalidad de la oferta no afectará a la ejecución del contrato y que, en ella, tampoco hay prácticas restrictivas de la competencia». Como señala J. COLÁS TENA, la decisión de aceptación no debe reproducir sin más el informe del licitador interesado, y debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad. La RTACRC 23/2015, de 9 de enero de 2015 reitera este criterio, «la exclusión de una oferta por incurrir en una baja desproporcionada o anormal necesita, no sólo de la motivación tras el procedimiento contradictorio, sino que además ha de contradecir de manera suficiente las justificaciones de la licitadora». Esa falta de refutación razonada de la justificación del licitador por un informe técnico encargado por el órgano de contratación supone la invalidación del acuerdo de exclusión de la oferta (RTACRC 32/2012, de 26 de enero de 2012; RTACRC 82/2015, de 23 de enero).»*

Es más, como afirma SAIJ JÜNGERT, S.A.¹³ *«el informe técnico es de vital importancia a los efectos de que la Mesa pueda hacer una propuesta de adjudicación al órgano de contratación. Es imprescindible que el informe técnico concluya, de forma determinante, sobre la viabilidad de la oferta, de modo que no puede tras-*

12. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, *«Contratación Pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación»*, Editorial Wolters Kluwer - El Consultor de los Ayuntamientos, 2016, págs., 247 a 258.

13. SAIJ JÜNGERT, Sonia Astrid, *«Ofertas incursas en valores anormales o desproporcionadas: consideraciones prácticas»*, Revista Contratación Administrativa Práctica, nº 152, Sección Reflexiones, Noviembre-Diciembre 2017, Ed. Wolters Kluwer.

ladarse a la Mesa de Contratación un mero estudio de las alegaciones efectuadas por el licitador incurso en baja temeraria, sin una conclusión fehaciente por parte del técnico informante, sobre si la oferta puede ser o no cumplida.»

Así, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resolución número 662/2014) ha entendido que no es admisible que el informe técnico se limite «...a consignar que tales manifestaciones [las realizadas por las licitadoras] no son suficientes para justificar la correspondiente oferta con afirmaciones genéricas que no contradicen de manera suficiente las justificaciones de los recurrentes.»

Es más, abundando en la materia, la Resolución nº 407/2014, de 23 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales consideró, asimismo, en un supuesto en el que se solicitó la presentación de «alegaciones que estimen oportunas al objeto de presentar justificaciones objetivas de su oferta económica», que el rechazo de la oferta, por no proporcionar datos con el detalle suficiente para demostrar la justificación, era incorrecta por cuanto el órgano de contratación no formuló en su solicitud ninguna petición particular de precisiones sobre la composición de la oferta.

En ese supuesto, el Tribunal señala que «el razonamiento del informe técnico no va encaminado a verificar si la justificación aportada explica satisfactoriamente el bajo nivel de precios y costes propuestos, sino a comprobar si se demuestra de manera suficiente y detallada ese nivel de precios [...]»

En cualquier caso, tal y como dispone la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 204/2017, de 13 de octubre, el informe del servicio técnico goza de presunción iuris tantum de acierto y razonabilidad, salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación, desestimando el recurso interpuesto por considerar que «... la fundamentación de la reclamación gira en torno a una apreciación técnica de la reclamante contraria a la realizada en el seno del procedimiento, que no puede prevalecer sobre el juicio técnico emitido por un órgano especializado de la entidad contratante. Dicho parecer técnico goza de una presunción iuris tantum de acierto y razonabilidad, lo que determina que no pueda quedar desvirtuado por la emisión de un juicio técnico paralelo y alternativo de la reclamante, salvo existencia de error, arbitrariedad o falta de motivación de aquel (v.g. Resoluciones 34/2015, de 3 de febrero, 82/2016, de 21 de abril, 294/2016, de 18 de noviembre, 75/2017, de 21 de abril y 92/2017, de 12 de mayo, entre otras, de este Tribunal, Resolución 811/2014, de 31 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 252/2016, de 22 de noviembre, entre otras, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y Acuerdo 36/2015, de 19 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra).»

2.5. La decisión de admisión o inadmisión de la oferta anormalmente baja

Como hemos indicado con antelación, el artículo 149.1 de la LCSP2017 otorga al órgano de contratación la competencia para excluir a aquella oferta que,

incurra en presunción de anormalidad, no haya justificado debidamente su viabilidad. Así, dispone el apartado sexto del precepto citado que, *«La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y, en el caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada.»*

Como ha indicado el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (Resolución número 306/2015, de 3 de septiembre), *«...la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hechos y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 junio y STS de 13 enero 2000).»*

La motivación es, en suma, el elemento que permite el control de la actuación desarrollada, de forma que la mesa de contratación deberá garantizar que el órgano de contratación adopta una decisión sobre la admisión o exclusión de la oferta debidamente fundada. ¿Esto implica que la mesa de contratación pueda apartarse del informe técnico? La respuesta sería afirmativa siempre que la mesa considere que los argumentos recogidos en el referido informe no satisfacen las mínimas exigencias de motivación y que las razones plasmadas en el mismo no son suficientes para entender que la oferta es o no viable.

En este sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales analiza en su Resolución 118/2017, de 27 de enero, un supuesto en el que la mesa de contratación se aparta del informe técnico, entendiendo que la empresa había justificado debidamente su oferta, por cuanto, motivaba la baja en que se trataba de una empresa con solvencia suficiente y que realizaba trabajos relacionados con el objeto del contrato en el ámbito sanitario, considerando que procedía proponer la adjudicación a su favor. Al respecto afirma el Tribunal, citando la Resolución 919/2916, de 11 de noviembre, que, *«Evidentemente ni las alegaciones mencionadas ni los informes tienen carácter vinculante para el órgano de contratación, que debe sopesar adecuadamente ambos y adoptar su decisión en base a ellos (Resoluciones 24/2011, de 9 de febrero, 72/2012, de 21 de marzo, o 121/2012, de 23 de mayo)»*. Y se añadía en la Resolución 142/2013: *«A modo de recapitulación, la doctrina mantenida por el Tribunal determina que: 1.- Por influencia del Derecho Comunitario, la regla general del Derecho español es la de adjudicación del contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa, estableciéndose como excepción a dicha regla general que la adjudicación pueda no recaer a favor de la proposición que reúna tal característica cuando ésta incurra en valores anormales o desproporcionados. 2.- El hecho de que una oferta incluya valores anormales o desproporcionados no implica su*

exclusión automática de la licitación, sino la necesidad de conferir trámite de audiencia al contratista para que justifique la viabilidad económica de la proposición, y de recabar los asesoramientos técnicos procedentes. 3.- La decisión sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados corresponde al órgano de contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora, y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante.»

En el supuesto enjuiciado, el Tribunal concluye que la decisión adoptada por el órgano de contratación, que hace suya la decisión de la mesa de contratación de apartarse del informe técnico, es ajustada a Derecho por cuanto contiene la motivación necesaria, trayendo a colación lo dispuesto en las Resoluciones 252/2012 y 92/2012, en las que indicaba que *«Como también hemos señalado en numerosas resoluciones, no se trata de que la motivación sea exhaustiva o detallada, sino que basta con que sea suficiente para que los interesados puedan defender sus derechos e intereses. En tal sentido, el Tribunal Supremo considera «suficientemente motivados, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, aquellos actos apoyados en razones que permitan conocer los criterios esenciales fundadores de la toma de decisión, es decir, la «ratio decidendi» determinante del acto, sirviendo así adecuadamente de instrumento necesario para acreditar su conformidad al ordenamiento jurídico administrativo aplicable y para facilitar a las partes la propia convicción sobre su corrección o incorrección jurídica, a efectos de los posibles recursos tanto administrativos como jurisdiccionales» (STS de 31 octubre 1995).»*

En caso de que se entienda que el licitador no ha justificado debidamente la viabilidad de su oferta, conforme al artículo 149.6 de la LCSP2017, el órgano de contratación *«...la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150»*, ello procederá cuando *«... la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador»* y, en todo caso, cuando se desprenda de las alegaciones aportadas, el incumplimiento de las obligaciones en materia laboral, social o medioambiental y, especialmente, cuando, parafraseando el precepto citado, estén *«...basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica.»*

3. CONCLUSIONES

La LCSP2017 (así como la Directiva 2014/24/UE) participa de la concepción de la contratación pública como un instrumento de implantación de políticas públicas, donde las consideraciones de carácter social, medioambiental y de innovación toman importancia en todo el procedimiento de licitación así como en la fase de ejecución.

En este sentido, el tratamiento de las bajas temerarias no puede desligarse de esta concepción de la contratación como contratación estratégica, debiendo

considerarse como un elemento más que garantizará que el contrato sea ejecutado no solo conforme a lo dispuesto en los pliegos sino que garantice el cumplimiento de las obligaciones que en materia social, laboral o medioambiental le sean inherentes.

En suma, la institución de la oferta anormalmente baja se configura como un instrumento que permite asegurar que el contrato puede ser ejecutado. En palabras del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (citado en el Acuerdo 52/2013, de 26 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra) *«la apreciación de que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado. De acuerdo con ello la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática»*.

Por lo tanto, a la hora de configurar la licitación, desde el mismo origen de la concepción de los pliegos tanto técnicos como administrativos y partiendo de las obligaciones previstas en la LCSP2017 de incorporar criterios sociales, laborales, medioambientales y de innovación tanto en la fase de selección como en la adjudicación y en la ejecución, no podrá olvidarse la figura de la baja temeraria ya que de nada servirá haber configurado el pliego con condiciones medioambientales si hemos olvidado dicha circunstancia a la hora de valorar las ofertas temerarias.

Es por ello por lo que la consideración de si una oferta es o no anormalmente baja debe atender, igualmente, a parámetros de carácter medioambiental, de forma que teniendo en consideración el contenido del contrato se exija al licitador la justificación de su oferta en dichos términos, facilitando así la labor de los servicios técnicos encargados de la valoración de la justificación aportada, siendo esta, a nuestro juicio, la vía de asegurar que el órgano de contratación adopta una decisión motivada sobre la admisión o exclusión de dicha oferta.

Y todo ello por cuanto la aceptación de ofertas que pudieran resultar inviables podría determinar, en caso de que no se haya sustanciado adecuadamente el procedimiento de justificación al que venimos refiriéndonos a lo largo de este capítulo, un fracaso en la ejecución del contrato, deviniendo en posibles incumplimientos del contrato, con las consecuencias que ello implicaría no solo para el contratista sino para el propio interés público, que se vería truncado por una deficiente valoración de las ofertas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

PERNAS GARCÍA, Juan José, *«La integración del medio ambiente en la Directiva 2004/18 y en la Ley de Contratos del Sector Público»*, integrada en la obra *«Contratación Pública Verde»*, Ed. LA LEY, Diciembre 2011

- ALBA PACHECO, MARTA; *«Los nuevos procedimientos de contratación y los sistemas de racionalización de la contratación de las Administraciones Públicas»*, El Consultor de los Ayuntamientos, Revista número 23/2017, de 15 de diciembre.
- RUIZ DAIMIEL, MANUEL, en su artículo *«Tres errores en el nuevo procedimiento abierto simplificado»*, publicado en el Observatorio de Contratación Pública, el 24 de abril de 2017.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ MANUEL, *«Contratación Pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación»*, Editorial Wolters Kluwer - el Consultor de los Ayuntamientos, 2016, págs., 247 a 258.
- SAIZ JÜNGERT, SONIA ASTRID, *«Ofertas incursas en valores anormales o desproporcionadas: consideraciones prácticas»*, Revista Contratación Administrativa Práctica, nº 152, Sección Reflexiones, Noviembre-Diciembre 2017, Ed. Wolters Kluwer.

Capítulo 7

UN EJEMPLO DE CRITERIO DE ADJUDICACIÓN MEDIOAMBIENTAL Y SU RELACIÓN CON EL «ARRAIGO TERRITORIAL»: LA RESOLUCIÓN 84/2017 DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI

Javier Serrano Chamizo

Asesor jurídico del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi

SUMARIO: 1. Los aspectos medioambientales de la contratación pública y su encaje en el Derecho de la Unión Europea. 2. La Resolución 84/2017: un caso de «arraigo territorial». 2.1. El objeto del recurso. 2.2. Los argumentos de las partes. 2.3. Consideraciones previas sobre el fundamento de la Resolución: el problema del «arraigo territorial» en la contratación pública. 2.4. La metodología de la sentencia «Contse». 2.5. Las apreciaciones del OARC / KEAO. 2.5.1. Aplicación no discriminatoria del criterio de adjudicación. 2.5.2. Existencia de razones imperiosas de interés general. 2.5.3. Adecuación del criterio de adjudicación para la consecución del objetivo propuesto. 2.5.4. La medida no va más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo. 3. Conclusiones

1. LOS ASPECTOS MEDIOAMBIENTALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU ENCAJE EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Impulsado sobre todo por la preocupación por el deterioro del entorno natural producto de la actividad humana, la introducción de los aspectos medioambientales en la contratación pública (particularmente, como criterios de adjudicación del contrato) es un tema recurrente desde hace bastantes años en la doctrina y en la práctica diaria de los poderes adjudicadores. Si hay que fijar un momento crítico para el inicio de esta tendencia quizás sea la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 17 de septiembre de 2002 (asunto C-513/99, «Concordia Bus Finland Oy Ab», ECLI:EU:C:2002:495, en adelante, «sentencia Concordia»)¹. En ella, el TJUE abrió en canal el campo de juego al establecer los dos pilares principales para que un criterio de adjudicación pueda identificar las ventajas medioambientales de la proposición del licitador. El primero de ellos, que el principio de la oferta económicamente más ventajosa *«no puede interpretarse en el sentido de que exige que cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa debe ser necesariamente de naturaleza meramente económica»*² y el segundo, que *«las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad»*, incluida la contratación pública³. A partir de ahí, el Derecho de la UE y la jurisprudencia del TJUE han recorrido un largo camino que, por el momento, ha culminado con las Directivas de «cuarta generación»⁴, que reconocen plenamente la posibilidad de insertar aspectos medioambientales en varias fases del procedimiento de adjudicación y la vida de los contratos públicos, y en concreto, como criterios de adjudicación; en par-

1. Aunque el debate y la preocupación es anterior a este pronunciamiento jurisprudencial; ver, por ejemplo, la «Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública» (COM(2001) 274 final), en adelante, «la Comunicación».

2. Curiosamente, el TJUE señalaba que un ejemplo de que las Directivas de contratación pública aplicables al caso «Concordia» admitían criterios «no económicos» era la mención, a título de ejemplo, de que eran aceptables los criterios estéticos (apartado 55); para una posición más estricta sobre el concepto de «ventaja económica» en los criterios de adjudicación, sosteniendo que dicha ventaja debe existir siempre y precisamente para el poder adjudicador, ver el apartado 3.1 de la Comunicación.

3. Avanzando, por cierto, la «transversalidad» de los aspectos medioambientales y sociales que hoy se recoge claramente, por ejemplo, en el artículo 1.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

4. Se trata de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

ticular, que la «vinculación al objeto» como requisito imprescindible de cualquier criterio de adjudicación deba entenderse como conexión con cualquier momento del ciclo de vida de la obra, servicio o suministro que se pretende adquirir, aunque ello no suponga necesariamente incorporación a su materialidad, ha ampliado el ámbito de los criterios medioambientales a momentos como la extracción, el desecho o el reciclado de cualquier producto⁵.

Por determinación legal y por una pura cuestión de sensibilidad ante problemas cada vez más acuciantes sobre cuya gravedad no es necesario extenderse, parece difícilmente discutible que los poderes adjudicadores deben tener en cuenta, en una u otra forma y medida (y el alcance y los límites de esa medida sí que es un tema ampliamente debatible⁶) los aspectos medioambientales de la compra pública. No obstante, ya la sentencia «Concordia» señalaba que la admisibilidad de los criterios medioambientales se condicionaba, entre otras cosas, a su respeto de los principios fundamentales del Derecho de la Unión, en particular, el principio de no discriminación. Confieso que la primera vez que leí la sentencia esta apreciación me pareció superflua, pues es evidente que cualquier criterio de adjudicación, sea o no medioambiental, debe respetar los citados principios; sin embargo, el tiempo ha demostrado que puede que se tratara de una observación obvia e, incluso, redundante, pero también que en absoluto era un recordatorio inoportuno en este caso concreto. En efecto, los criterios medioambientales son particularmente aptos para encubrir, bajo un motivo no solo aparentemente legítimo sino además, «simpático», inconfesables medidas discriminatorias o proteccionistas (en particular, el arraigo territorial) que, con otro disfraz o sin disfraz alguno resultarían simplemente odiosas desde el punto de vista jurídico e incluso ético⁷.

Como no podía ser de otra manera, los aspectos medioambientales de la compra pública en general, y los criterios de adjudicación de esta índole en particular, también han sido objeto de las resoluciones de los órganos y tribunales administrativos competentes para resolver el recurso especial en materia de contratación previsto actualmente en los artículos 44 y siguientes de la LCSP. En este trabajo se va a analizar un caso en el que el Órgano Administrativo de

5. Ver, por ejemplo, el artículo 67.3 de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 145.6 LCSP; todo ello no es sino la positivización de la sentencia del TJUE de 10/5/2012, asunto C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284.

6. Por citar una postura crítica minoritaria, que sustancialmente comparto, dentro de una corriente ampliamente favorable (por no decir condescendiente) con la introducción de criterios «transversales» en la contratación pública, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia señaló en su informe IPN/CNMC/010/15, sobre el anteproyecto de ley de contratos del sector público, de 16 de julio de 2015, que *«debe valorarse con elevado rigor la introducción de objetivos secundarios que, aunque bienintencionados, pueden amenazar los objetivos primarios de la contratación pública incrementando el coste de los contribuyentes y de los usuarios»*.

7. Aunque seguramente, su aptitud para este uso perverso no alcanza, ni de lejos, a la que poseen los criterios sociales; ver, por ejemplo, «Las cláusulas sociales en la contratación pública y la libre competencia: una visión crítica de la «compra pública estratégica», de Serrano Chamizo, Javier, en el libro colectivo «La competencia como motor de desarrollo económico», dirigido por María del Pilar Canedo, Editorial Aranzadi.

Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión.

2. LA RESOLUCIÓN 84/2017: UN CASO DE «ARRAIGO TERRITORIAL»

Por varias razones, el caso que es objeto de la Resolución 84/2017⁸ es particularmente interesante entre los que el OARC / KEAO ha tenido la oportunidad de resolver en relación con los aspectos medioambientales de la contratación pública⁹. En primer lugar, se plantea de una manera muy «pura» y teórica la adecuación de un criterio medioambiental al marco general de la contratación pública, poniendo a prueba el ajuste a los principios del Derecho de la Unión, tal y como exige la sentencia «Concordia». En segundo lugar, si decíamos al principio que los criterios de adjudicación medioambientales son especialmente susceptibles de ser utilizados como fachada legal de las barreras de acceso a la contratación, este caso resulta ser un buen ejemplo, pues la base de la impugnación es la acusación de que el criterio debatido supone premiar ilegalmente el «arraigo territorial» en la Comunidad Autónoma de Euskadi. Finalmente, es interesante la conclusión, porque el OARC / KEAO opta por desestimar el recurso y considerar legal el criterio. Si se me permite una apreciación muy personal, diría que de psicología jurídica de andar por casa, los profesionales de la contratación pública tenemos metida en nuestro ADN la desconfianza casi automática ante las reglas del procedimiento de adjudicación o las cláusulas contractuales que concedan relevancia a cualquier cuestión que se refiera a los aspectos geográficos de las ofertas o de las condiciones de ejecución, porque estimamos que ocultan un «arraigo territorial» siempre discriminatorio. Por ello, la resolución tiene el atractivo de ser «anti intuitiva» y «superar» esa desconfianza utilizando el itinerario argumental proporcionado por la jurisprudencia del TJUE. Debe señalarse que la Resolución 84/2017 ha sido recurrida por la empresa que interpuso el recurso especial, por lo que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco tendrá la oportunidad de ratificar o revocar total o parcialmente la postura del OARC / KEAO.

2.1. El objeto del recurso

El contrato al que se refiere el recurso era la recogida, transporte y eliminación de desechos hospitalarios. El poder adjudicador del mismo es el Servicio Vasco de Salud / OSAKIDETZA. El objeto de la impugnación eran los pliegos del contrato y se basaba en varios motivos, alguno de los cuales fue estimado por

8. La resolución 84/2017 del OARC / KEAO está disponible en el siguiente enlace:

http://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/resolucion_oarc/84_2017/es_def/adjuntos/Resolucion84_2017.pdf

9. Ver las Resoluciones del OARC / KEAO 97/2013, 119/2014, 13/2014, 76/2015 y 89/2017.

el OARC / KEAO. Sin embargo, como ya hemos adelantado, desestimó el reproche contra el criterio de adjudicación del que se va a tratar en este trabajo. El citado criterio de adjudicación se describe en los pliegos de la siguiente forma:

«Proximidad de la planta de gestión de residuos:

7 puntos

La fórmula aplicable para la adjudicación será la siguiente:

En cada caso para cada tipo de residuo y para cada lote se valorará la distancia en kilómetros y en ruta más corta, utilizándose Google Maps como referencia en caso de duda o contradicción, (no en línea recta) del centro de la capital del lote, es decir, para:

- Para el lote 1 distancia en ruta desde el centro de Donostia-San Sebastián hasta la planta de gestión.*

- Para el lote 2 distancia en ruta desde el centro de Bilbao hasta la planta de gestión.*

- Para el lote 3 distancia en ruta desde el centro de Vitoria-Gasteiz hasta la planta de gestión.*

Por lo que en el caso de la distancia desde capital hasta la planta de tratamiento de residuos grupo II tendrá un máximo de 5 puntos y se realizará en base a la siguiente tabla:

Hasta 25 km. Incluidos de distancia 5

De 25 a 50 km. Incluidos de distancia 4

De 50 a 1000 km. Incluidos de distancia 3

De 100 a 150 km. Incluidos de distancia 2

De 150 a 200 km. Incluidos de distancia 1

Más de 200 km. De distancia 0

En el caso de la distancia desde capital hasta la planta de tratamiento de residuos grupo III tendrá un máximo de 2 puntos y se realizará en base a la siguiente tabla:

Hasta 300 km incluidos de distancia 2

De 300 km. a 600 km incluidos de distancia. 1

Más de 600 km de distancia 0»

2.2. Los argumentos de las partes

En síntesis, el recurrente apoyaba la ilegalidad del criterio en los argumentos que a continuación se resumen:

- a) Se infringen los principios de igualdad de trato, no discriminación y libre concurrencia, pues solo las empresas cuya Planta de gestión de residuos radique en la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, CAE) podrían obtener la máxima puntuación en este epígrafe.*
- b) Dado que es muy reducido el número de plantas en la CAE, se facilita la predeterminación del resultado de la aplicación del criterio.*
- c) La proximidad de la Planta no afecta a la forma de prestar el servicio y no está vinculada al objeto del contrato.*

Por su parte, el poder adjudicador alegó que el criterio era coherente con el hecho de que el principio de proximidad es aplicable a la eliminación de residuos sanitarios, según la legislación europea, estatal y autonómica vigente y la jurisprudencia que las interpreta.

2.3. Consideraciones previas sobre el fundamento de la Resolución: el problema del «arraigo territorial» en la contratación pública

En la fundamentación de la resolución, el OARC / KEAO empieza por centrar la impugnación como un problema de «arraigo territorial». En términos simples, puede definirse el arraigo territorial como cualquier aspecto del procedimiento de adjudicación (solvencia, criterio de adjudicación...) o del clausulado del contrato (condiciones especiales de ejecución¹⁰) que suponga una ventaja directa o indirecta para los operadores económicos que muestren una cierta implantación en el territorio del poder adjudicador; en versión negativa, se trata de aspectos o cláusulas que dificultan o impiden el acceso a la licitación o a la adjudicación del contrato a las empresas que carecen de dicha implantación. Se trata de un tema muy vinculado con el núcleo doctrinal de la contratación pública, especialmente con todo lo que ésta toma prestado del Derecho de la Unión, uno de cuyos objetivos institucionales básicos es impedir cualquier obstáculo que, basado en barreras discriminatorias por razón de territorio, nacionalidad u origen de los bienes, impida el ejercicio de las llamadas «cuatro libertades¹¹» que son los pilares del mercado único europeo. El OARC / KEAO, al igual que los demás órganos y tribunales de recursos contractuales, ya había tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión, si bien no desde el punto de vista de los aspectos medioambientales¹². En general, el análisis que se realiza por estos órganos está dirigido a averiguar si la medida de arraigo está objetivamente justificada a la vista del interés público y de la finalidad del contrato o encubre un inadmisibles proteccionismo comercial o favoritismo por las empresas pertenecientes al mismo ámbito geopolítico (país, Comunidad Autónoma, municipio...) que el poder adjudicador. Especialmente en las Resoluciones 60/2015 y 73/2017, el OARC / KEAO ya había tomado, para esta tarea de averiguación, los parámetros facilitados por la jurisprudencia del TJUE en su sentencia de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644, «Contse»¹³ (en ade-

10. En la LCSP, ver el artículo 202.

11. Antes también conocidas como «libertades comunitarias», se trata de la libre circulación en la UE de personas, mercancías, servicios y capitales.

12. Ver, por ejemplo, las Resoluciones 27/2014, 60/2015 y 73/2017 del OARC / KEAO.

13. En la Resolución 84/2017 esta sentencia aparece identificada incorrectamente; el error obedece a un baile en los dígitos del número de asunto (C-243/03 en lugar de C-234/03, que es el número de asunto correcto).

lante, sentencia «Contse»¹⁴, cuyo contenido también guía la Resolución 84/2017; a continuación señalamos alguno de sus rasgos básicos.

2.4. La metodología de la sentencia «Contse»

La sentencia «Contse» analiza diversos criterios de admisión y de adjudicación de un contrato público (en concreto, un contrato para la adquisición de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias) desde el punto de vista de su ajuste al Derecho originario de la UE, sin aplicar el Derecho derivado¹⁵. Es curioso comprobar que, siendo una cuestión tan cara a los principios de la contratación pública, las sucesivas Directivas en esta materia no han dado pie, mediante la positivización o concreción de los criterios más generales, a desarrollar de manera distinta o más específica la cuestión del arraigo territorial u otras referidas a la discriminación por razón de origen o nacionalidad. Quizás la razón radica en que, en definitiva, la doctrina ya creada es suficiente porque se considera que no hay diferencias apreciables para el ámbito que ahora nos ocupa. En cualquier caso, lo cierto es que la sentencia «Contse» establece un útil instrumento de análisis para verificar cuándo el arraigo territorial es ajustado al Derecho de la UE y cuándo no. Este instrumento no solo es válido en los casos en los que se implican en el debate operadores económicos originarios o vinculados con un país miembro de la UE distinto de aquél en el que está radicado el poder adjudicador sino, en general, para contratos con interés transfronterizo¹⁶ e incluso para contratos que carezcan de dicho interés, habida cuenta de que el Derecho de la UE es, en todo caso, el contexto interpretativo del Derecho nacional de la contratación pública, que casi siempre ha optado (desde luego, siempre en el terreno de los principios) por aplicar a todos los contratos, sujetos o no a los Directivas, la regulación legal exigida por la UE, incluido su Derecho originario.

El sistema de verificación que señala la sentencia «Contse», casi a modo de chequeo protocolizado en pasos conceptuales sucesivos, de modo que si el objeto de análisis no supera una fase del «test», la conclusión es que no supera el examen en su conjunto sin necesidad de verificar el siguiente paso, está resumido en el apartado 25. En dicho apartado se señala que las medidas na-

14. No obstante, aunque aparece en la sentencia «Contse», el parámetro de verificación de la adecuación del arraigo territorial es anterior, como señala la propia sentencia en su apartado 25, que remite a las sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, apartado 32; de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 37, y de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C-243/01, Rec. p. I-13301, apartados 64 y 65.

15. En aquel momento, la Directiva 92/50; téngase en cuenta que a los servicios sanitarios del Anexo I B (parte de los entonces llamados «servicios no prioritarios») de la norma no se les aplicaba la mayor parte de sus prescripciones.

16. Ver las STJUE de 15/5/2008, C-147/08 y de 29/4/2010, C-160/08, que tratan del concepto de «interés transfronterizo» de los contratos no sujetos a las Directivas.

cionales (en el caso de la sentencia¹⁷, y en el de la Resolución 84/2017, un criterio de adjudicación) que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades garantizadas por el Derecho originario deben reunir los cuatro requisitos que a continuación se enumeran para considerarse ajustados al Derecho de la UE:

- a) que se apliquen de manera no discriminatoria.
- b) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general.
- c) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen.
- d) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

En el siguiente epígrafe se expresará cómo aplica el OARC / KEAO al caso concreto esta metodología fijada por el TJUE.

2.5. Las apreciaciones del OARC / KEAO

En el análisis de la ejecución de la metodología descrita en el caso de la Resolución 84/2017 se intentará desvelar, más allá de la literalidad, las implicaciones contenidas en la argumentación seguida, aunque ésta no las señale expresamente.

2.5.1. Aplicación no discriminatoria del criterio de adjudicación

El OARC / KEAO estima que este requisito se satisface porque el criterio *«no diferencia en razón de circunstancias personales de los licitadores, tales como su nacionalidad o su domicilio social»*. La sentencia «Contse», en su apartado 36, recuerda que la discriminación no solo prohíbe *«las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzcan de hecho al mismo resultado»*, y del apartado 37 se deduce que tales criterios de diferenciación son igualmente discriminatorios si establecen requisitos que, en la práctica, las empresas arraigadas en el territorio de referencia pueden cumplir con más facilidad que las no arraigadas. Teniendo en cuenta que la propia sentencia estima¹⁸ que el hecho de que la libertad de establecimiento garantiza que cualquier operador económico pueda disponer o establecer una planta de tratamiento de residuos cercana al lugar de producción de los mismos descarta que exista uno de estos criterios alternativos de diferenciación, parece claro que el primer requisito puede darse por verificado.

17. Debe recordarse que la sentencia «Contse» también se refiere a criterios de admisión reconducibles al concepto de «solventía técnica».

18. Ver el apartado 37.

2.5.2. Existencia de razones imperiosas de interés general

En este punto, el OARC / KEAO señala, remitiéndose expresamente al informe del poder adjudicador, que el criterio de adjudicación *«responde a un interés general tal y como lo definen las normas nacionales¹⁹ y el Derecho de la Unión (Reglamento 1013/2006 y Directiva 2008/98), como es satisfacer el principio de proximidad, que requiere que los residuos destinados a la eliminación sean tratados en el punto más cercano posible al lugar en el que se producen.»* La determinación legal del principio de proximidad como parte de la política legislativa nacional y de la UE es importante en este caso, porque el interés general no siempre es tan evidente como en alguno de los casos tratados por la sentencia «Contse», que puede permitirse considerar como tal la protección de la salud sin referirse a una norma concreta de Derecho positivo. Además, el OARC / KEAO se basa en la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2013, asunto C-292/12, ECLI:EU:C:2013:820, «Ragn-Sells AS» (en adelante, «sentencia C-292/12»), cuyo apartado 49 establece que la normativa europea avala la limitación de la circulación de los residuos para garantizar la protección del medio ambiente. La relevancia de esta sentencia se extiende también, como veremos, a la comprobación de la adecuación de la medida y de su proporcionalidad para la consecución de la finalidad propuesta.

2.5.3. Adecuación del criterio de adjudicación para la consecución del objetivo propuesto

La adecuación del criterio de adjudicación impugnado para promover la aplicación del principio de proximidad es clara; el OARC / KEAO, sin embargo, no deduce dicha adecuación de una valoración del caso concreto, sino de la propia sentencia C-292/12. En ella, se le plantea al TJUE una cuestión prejudicial que, en síntesis y por lo que a nuestro caso importa, inquiere si las normas pertinentes del Derecho de la Unión deben interpretarse en el sentido de que autorizan a una entidad local a obligar a una empresa concesionaria de los servicios de recogida y transporte de los residuos generados en un territorio a entregar dichos residuos en la instalación de tratamiento apropiada más próxima, evitando de ese modo mayores desplazamientos²⁰. Este requisito se recoge como obligación en el pliego de condiciones del contrato que suscribiría la adjudicataria de la correspondiente licitación²¹. Por lo que se refiere a los residuos destinados a la eliminación (es el caso de los residuos objeto del contrato analizado en la Resolución 84/2017), el TJUE estima que cabe prever que el tratamiento de esos tipos de residuos tenga lugar en la instalación adecuada más próxima²².

19. Ver, por ejemplo, el artículo 9 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados.

20. Ver el apartado 50 de la sentencia.

21. Ver el apartado 28 de la sentencia.

22. Ver los apartados 56 y siguientes de la sentencia.

2.5.4. La medida no va más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo

En definitiva, este requisito se reconduce al principio de proporcionalidad, clásico en el Derecho de la Unión²³. Como la propia Resolución 84/2017 insinúa, es difícil negar la proporcionalidad del criterio de adjudicación debatido cuando la sentencia C-292/12 *«declara la validez de una medida más radical que la ahora debatida, como es la obligación contractual de la empresa que gestiona los residuos de trasladarlos a una planta cercana concreta, siempre que ello se justifique en razón del principio de proximidad.»* No obstante, el OARC / KEAO añade varias pruebas más de la proporcionalidad de la medida:

a) La medida se inserta como criterio de adjudicación del contrato, lo que supone que en ningún caso se impide en términos absolutos la adjudicación del mismo a ningún operador económico; además, su ponderación dentro de la puntuación global máxima es relativamente reducida (un 7%), por lo que es efectivamente posible, y no solo hipotéticamente probable, que un licitador con una puntuación reducida o incluso nula en este epígrafe de valoración pudiera presentar la oferta económicamente más ventajosa y obtener el contrato.

Cabe aquí preguntarse qué habría sucedido si el poder adjudicador hubiera insertado la necesidad de garantizar o promover el principio de proximidad mediante una planta de tratamiento cercana (una que se encuentre en un rango de proximidad predeterminado o una en concreto) en otro momento distinto del procedimiento de adjudicación del contrato. A mi juicio, pueden distinguirse las siguientes posibilidades:

- en el caso de exigir la disponibilidad de una planta de tratamiento cercana como requisito de solvencia técnica²⁴(es decir, como criterio de admisión del licitador); parece que el juicio de proporcionalidad tendría que fijarse en que no se exigiera dicha disponibilidad mediante un título jurídico concreto (en especial, la plena propiedad).
- menos dañina para el libre acceso a la licitación sería la imposición del uso de la planta cercana como una condición de ejecución del contrato (es decir, un requisito que se exige solo al contratista para la ejecución de la prestación); como en el caso de la solvencia, no cabría exigir que la disponibilidad estuviera amparada en un título jurídico concreto, bastando cualquiera que sea suficiente para la correcta ejecución del contrato.

b) La proximidad que se pretende garantizar en los pliegos se configura como aspecto geográficamente puro, es decir, exclusivamente en términos de distancia al lugar de recogida (en concreto, un punto medio de cada Territorio Histórico de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que es el criterio para confeccionar los lotes del contrato), con independencia de que la planta radique en

23. Y recogido expresamente en el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/UE.

24. Ver el artículo 78.1 c) del TRLCSP y, en la LCSP, el artículo 90.1 c).

una u otra Comunidad o provincia. No hubiera sido así si, por ejemplo, la atribución de puntuaciones fuera la máxima para las plantas radicadas en Euskadi, intermedia para las plantas radicadas en una Comunidad vecina y nula para el resto de las ubicaciones, porque ello sí sería indicativo de un arraigo geopolítico no justificado ni proporcionado al objeto del contrato (una planta radicada en Miranda de Ebro, provincia de Burgos, estaría más cerca de Vitoria que otra situada en Bilbao, y sin embargo tendría menos valoración con este sistema).

3. CONCLUSIONES

Las conclusiones más significativas de este trabajo pueden ser las siguientes:

- a) Los criterios de adjudicación medioambientales pueden esconder medidas contrarias a los principios del Derecho de la UE, en especial el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de territorio.
- b) Sin embargo, no todos los criterios de adjudicación medioambientales vinculados con el arraigo territorial pueden considerarse ilegales, por lo que los automatismos en este terreno pueden llevar a juicios precipitados.
- c) La distinción entre los criterios medioambientales legales y los discriminatorios por razón de territorio debe basarse en un análisis que descomponga sus elementos para contrastarlos con el Derecho de la UE y con el Derecho nacional en él inspirado.

Capítulo 8

LAS CLÁUSULAS AMBIENTALES COMO CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN

María del Rosario Delgado Fernández

Técnico de Gestión - Supervisor de Proyectos

Servicio de Contratación de la Universidad de Alcalá

1. APARICIÓN DE LAS CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Las condiciones especiales de ejecución, sin antecedentes en nuestra normativa, provienen de la legislación europea, de la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. En su artículo 26 se concretaba que *«Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental»*.

Asimismo, en su Considerando 33, indicaba que serían admisibles *«siempre y cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones*. En el mismo considerando la Directiva introducía la contratación pública socialmente responsable¹, indican-

1. La Contratación Pública Socialmente Responsable (CSR) fue definida en 2011 por la Comisión Europea, como «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, dise-

do que «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, combatir el paro o proteger el medio ambiente. Como ejemplo se pueden citar, entre otras, las obligaciones —aplicables a la ejecución del contrato— de 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) en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional, de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional.» Dicho precepto se traspuso a la Ley 30/2007 y, posteriormente, a su Texto Refundido, en vigor hasta el 8 de marzo de 2018, en los siguientes términos²:

«1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

2. Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 212.1, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 223.f). Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 60.2.e).

Posteriormente la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, de nuevo establece en su Artículo 70 (Condiciones de ejecución del contrato) que «Los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones

ño de accesibilidad para todos, consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético 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». Véase Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas. Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea (2011):

2. Artículo 118 del TRLCSP (de carácter básico)

especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3³, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo.»

Por su parte, la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión hacía varias consideraciones relativas a las condiciones especiales de ejecución

En su artículo 30.3 indica que *«Los Estados miembros adoptarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de contratos de concesión, los operadores económicos cumplan con las obligaciones establecidas por la legislación de la Unión en materia medioambiental, laboral y social, por la legislación nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional en materia medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X.»*. Este anexo, en lo que respecta al medioambiente, enumera el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono y su Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, Convenio para el control de la eliminación y el transporte transfronterizo de residuos peligrosos (Convenio de Basilea), Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes (COP), Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional (PNUMA/FAO) (Convenio PIC), y sus tres Protocolos regionales.

Mediante el artículo 42.1 se hace extensiva la obligación que se indica en el párrafo anterior a los subcontratistas.

Asimismo, en su considerando 64 motiva *«Por otra parte, a fin de lograr una mayor integración de las consideraciones sociales y medioambientales en los procedimientos de adjudicación de concesiones, los poderes y entidades adjudicadores deben estar autorizados a adoptar criterios de adjudicación o condiciones de ejecución de la concesión en lo que se refiere a las obras, suministros o servicios que vayan a facilitarse en el marco de un contrato de concesión en cualquiera de los aspectos y en cualquier fase de sus ciclos de vida, desde la extracción de materias primas para el producto hasta la fase de la eliminación del producto, incluidos los factores que intervengan en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de dichas obras, suministros o servicios, o un proceso específico en una fase ulterior de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material. Entre los criterios y condiciones referentes a dicho proceso de producción o prestación puede figurar, por ejemplo, que los servicios*

3. En el artículo mencionado se establece estará vinculado al objeto del contrato aquello que se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en el proceso de producción, prestación o comercialización o en un proceso específico en otra etapa de su ciclo de vida incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material. Por su parte el artículo 145. 6 de la LCSP, que ha transpuesto este precepto está redactado de forma muy similar salvo por el añadido «con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas».

objeto de la concesión sean prestados mediante maquinaria eficiente en materia de energía. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aquí deben incluirse también los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de una concesión que se refieran al suministro o a la utilización de productos del comercio equitativo durante la ejecución de la concesión que vaya a ser adjudicada. Los criterios y condiciones relativos al comercio y las condiciones del mismo podrán referirse, por ejemplo, a la obligación de pagar un precio mínimo y un precio más elevado a los subcontratistas. Las condiciones de ejecución de la concesión referentes a los aspectos medioambientales pueden incluir, por ejemplo, la reducción de residuos o la eficiencia energética.», se puede observar que, además de indicar la posibilidad de introducir condiciones especiales de ejecución en cualquier fase del ciclo de vida, de la misma forma que el artículo 67 apartado 3⁴ de la Directiva 2014/24/UE, también aporta ejemplos de uso de este tipo de cláusulas.

Adicionalmente, en el último párrafo del considerando 65 aclara *«Las condiciones de ejecución de la concesión pueden también estar destinadas a favorecer la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar, la protección medioambiental o del bienestar de los animales, a respetar el contenido de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y a contratar un número de personas desfavorecidas superior al que exige la legislación nacional»* y en el considerando 66 se refiere de nuevo a las condiciones de ejecución, en este caso solo a las sociales, sin referencia a las medioambientales.

Ambas directivas han sido transpuestas al ordenamiento español por la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, (en adelante LCSP). A lo largo de su articulado se incluyen diversas referencias a las condiciones especiales de ejecución, así como una regulación completa en el artículo 202, incluyendo la obligatoriedad de establecer al menos una condición especial de ejecución relativa a la contratación socialmente responsable y otras novedades —que se analizarán más adelante— que tienen como común denominador el hecho de que se realiza un avance en la consideración estratégica de la contratación, en particular en lo que se refiere a los aspectos sociales o medioambientales.

Por lo tanto, nos encontramos ante una figura de reciente aparición pero que en la nueva Ley 9/2017 adquiere mayor importancia, puesto que se impone su utilización con sentido estratégico, particularmente en relación con la contratación socialmente responsable haciendo que se establezcan obligaciones de cumplimiento, no solo de los objetivos directos, sino también de objetivos transversales.⁵

4. Ver nota anterior

5. Se podrían definir los objetivos transversales como aquellos que están encaminados directamente a cubrir la necesidad que motivó el procedimiento. No son objetivos obvios, no están implícitos

2. LAS CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN Y LA CONTRATACIÓN ESTRATÉGICA

Quizás sea en las condiciones especiales de ejecución donde es más claro el intento de que el uso estratégico de la contratación pública sea una obligación en lugar de una opción para los poderes adjudicadores, lo que sin duda tendrá como consecuencia que la actividad económica alcance una mayor eficiencia, tanto en los objetivos directos como en los sociales y medioambientales. Las condiciones especiales de ejecución son la «punta de lanza» de las obligaciones que, partiendo de los poderes adjudicadores, se trasladan a las empresas licitadoras y a la ejecución del contrato por la empresa adjudicataria.⁶

Es necesario que definitivamente se acepte que la contratación pública, que determina los criterios de gasto de un alto porcentaje del PIB de la Unión Europea (entre el 14 y el 20 %), no puede considerarse como un fin en sí misma, ni exclusivamente como un medio para la obtención de prestaciones, obras o servicios en condiciones económicamente ventajosas para la Administración.

La contratación pública, sobre todo, es una poderosa herramienta al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento de sus fines y la ejecución de sus políticas, entre las que pueden incluirse tanto las relativas a aspectos sociales como medioambientales⁷.

La Ley 9/2017 da un paso más en este sentido al establecer como una obligación lo que en el artículo 70 de la Directiva 2014/24/UE es solo una potestad: incluir en los pliegos al menos una condición de ejecución relacionada con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.

A lo largo de toda la Ley 9/2017 se encuentran referencias a la necesidad de tener en cuenta los aspectos sociales y medioambientales. Con claridad se indica en el artículo 1.3. *«En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato (...)»*.

No obstante y a pesar de la redacción imperativa del artículo mencionado en el párrafo anterior, no siempre se trata de obligaciones. En muchos supuestos se trata de potestades del órgano de contratación, como en el artículo 145.2 que establece que *«Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato»*, en otros suponen la exclusión de ofertas, como en el artículo 149.4 *«En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas*

no son necesarios específicamente para el contrato y, al existir gran variedad de objetivos transversales posibles, deben ser determinados por el órgano de contratación.

6. El cambio respecto a la contratación socialmente responsable, pasando de la opción a la obligación ya se recogía en el artículo «Avanzando en contratación socialmente responsable: de la recomendación a la obligación» MARTINEZ FERNÁNDEZ, José Manuel. *Observatorio de la Contratación Pública*. 22 de junio de 2015 (www.obcp.es).

7. En este sentido, se ha pronunciado, entre otras, la Junta Consultiva de Contratación de Aragón, en su informe 17/08 de 21 de julio de 2008.

porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201(...)».

No obstante, en las condiciones especiales de ejecución es donde se regula una obligación, que siendo determinada desde el momento del inicio del procedimiento de licitación por la Administración, a través del pliego de cláusulas administrativas particulares, va a vincular al adjudicatario hasta el momento de la finalización del contrato.

Esto supone que el establecimiento de condiciones especiales de ejecución incide en múltiples aspectos relevantes en el diseño del procedimiento, dado que además de fijar las mencionadas condiciones especiales de ejecución, es necesario determinar las consecuencias de su posible incumplimiento. Dependiendo del tipo de condición y las características del contrato, podría ser necesario que se las tuviera en cuenta al determinar el presupuesto base de licitación (si suponen un coste añadido en la ejecución).

Asimismo, su establecimiento determinará que empresas están en condiciones de licitar —solo aquellas capaces de cumplir— además de influir en las ofertas a presentar, que deberán tener en cuenta, si es necesario, el coste de la obligación que contraen.

Y, por supuesto, en la ejecución del contrato, donde estas condiciones se aplican finalmente, influyendo tanto en la ejecución propiamente dicha por parte de la empresa adjudicataria, sus subcontratistas o cesionarios como en la necesaria supervisión de la ejecución, incluyendo el cumplimiento de las obligaciones especiales, por parte de la Administración contratante a través del responsable del contrato, que deberá reorientarse en función de las condiciones especiales de ejecución establecidas.

3. CARACTERÍSTICAS DE LAS CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN

Las condiciones especiales de ejecución se deben incluir preceptivamente en el anuncio de licitación o en el clausulado de los pliegos, de forma que serán conocidas de antemano por los potenciales licitadores.

Obligatoriamente, al menos una de las condiciones especiales de ejecución definidas en cada uno de los procedimientos deberá estar relacionada con la contratación socialmente responsable.

Se trata de cláusulas que regulan obligaciones en la ejecución de la prestación (por lo que no son facultativas para el adjudicatario ni pueden ser objeto de valoración en su oferta) y deben estar vinculadas con el objeto del contrato de forma obligatoria⁸.

8. Ver nota 3 sobre la vinculación al objeto del contrato.

Las condiciones especiales de ejecución inciden en aquellos aspectos elegidos por el órgano de contratación, según sus propios objetivos estratégicos, como especialmente relevantes en la ejecución del contrato, su obligatoriedad siempre responde a la voluntad del órgano de contratación que califica su contenido como condición especial de ejecución.

Su incumplimiento no necesariamente llevará aparejado el incumplimiento de la prestación principal del contrato, puesto que los objetivos que persiguen pueden ser esa misma prestación u otros determinados por el órgano de contratación. Es decir, no son siempre esenciales para el objetivo directo final del contrato, lo son siempre para los objetivos transversales decididos y definidos por el órgano de contratación.

Es el órgano de contratación, a través del pliego de cláusulas administrativas particulares correspondiente, el que convierte la condición *especial* de ejecución en una obligación contractual *esencial* (o lo que es lo mismo en una *obligación esencial*). Si generalmente una obligación esencial sería aquella cuyo incumplimiento impediría que se alcanzase el fin previsto, las condiciones especiales de ejecución, como se ha dicho, no tienen necesariamente ese carácter. Es por ello que debe ser el órgano de contratación quien se lo otorgue específicamente en el pliego.

También puede calificar su incumplimiento de falta muy grave, de forma que ese incumplimiento puede, según se indique en los pliegos, causar la imposición de penalidades o indemnización por daños y perjuicios, llegar a la resolución del propio contrato y/o declarar a la empresa adjudicatária incurso en prohibiciones para contratar.

Tanto los tribunales de contratación como las juntas consultivas⁹ se han pronunciado sobre la naturaleza de las condiciones especiales de ejecución relativas a la contratación socialmente responsable, aclarando que tienen que estar vinculadas al objeto del contrato, de forma que la finalidad social o medioambiental que se quiere promover o fomentar se consiga intrínsecamente con la sola prestación del objeto principal, es decir, que no pueden constituirse como un objeto complementario del contrato, sino como un componente obligatorio del modo en que se desarrolla la ejecución de la prestación que constituye el mencionado objeto.

También han determinado que la inclusión de estas cláusulas debe hacerse con respeto a los principios rectores de la contratación pública, —libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia, igualdad de trato y no discriminación, proporcionalidad— y buscando, en todo caso, la eficiencia en el gasto público¹⁰, por lo tanto se han pronunciado en contra de estas cláusulas

9. A título de ejemplo: Resolución 44/2017 del Tribunal Catalán de Contratos de Sector Públicos, Resolución 160/2016 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Informes nº 15/2016 y 14/2015, de 4 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Informe 3/09, de 25 de septiembre de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

10. Eficiencia, no significa una mera eficacia, es decir, no significa solo obtener la prestación del objeto del contrato con la menor inversión de dinero posible. Debemos entenderlo con la gestión que

cuando infringían dichos principios (inadmisión del arraigo territorial, determinadas condiciones del personal adscrito, etc).

4. REGULACIÓN EN LA LEY 9/2017, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, POR LA QUE SE TRANSPONEN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL LAS DIRECTIVAS DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO 2014/23/UE Y 2014/24/UE, DE 26 DE FEBRERO DE 2014

La regulación específica de las condiciones especiales de ejecución se establece en el artículo 202 de la LCSP. El título del artículo es revelador del nuevo planteamiento de la Ley y, en particular de las condiciones especiales de ejecución, en lo que se refiere a la contratación pública socialmente responsable que quedan incluidas de forma relevante: *«Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden»*.

El primer párrafo del apartado 1, está redactado en términos similares a los del artículo 118 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público¹¹, *«Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.»*

No obstante, en el segundo párrafo aparece la principal diferencia con la norma anterior al establecer que *«en todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera el apartado siguiente.»* Es la primera vez en la regulación de la contratación pública española se establece la obligatoriedad de incluir en los pliegos condiciones especiales de ejecución y resulta significativo que se refieran en particular a condiciones especiales de ejecución referidas a consideraciones relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.

En efecto, el apartado 2 indica que *«En particular, se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más*

consigue la prestación de mejor calidad (entendiendo dentro de «calidad» la social y medioambiental) al mejor precio. La Ley 9/2017 lo denomina «mejor relación calidad —precio»

11. El artículo 118 del TRLCSP se iniciaba de la siguiente forma: 1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato.

sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.

Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.» Es necesario hacer notar que en el artículo 118 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público no se incluían referencias concretas a condiciones medioambientales en la ejecución del contrato, aunque si habían aparecido en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible que se había publicado meses antes,¹² por lo tanto, de

12. El artículo 85 de la Ley de Economía Sostenible establece que las administraciones «incorporarán los principios de ahorro y eficiencia energética y de utilización de fuentes de energía renovables entre los principios generales de su actuación y en sus procedimientos de contratación». El artículo 35.2 d), aunque relativo solo a empresas públicas y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social es más específico y revelador: «incluir en los procesos de contratación, cuando la naturaleza de los contratos lo permita, y siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y el pliego o en el contrato, condiciones de ejecución referentes al nivel de emisión de gases de efecto invernadero y de mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que pueden verse afectados por la ejecución del contrato. Asimismo, en los criterios de adjudicación de los contratos, cuando su objeto lo permita y estas condiciones estén directamente vinculadas al mismo se valorará el ahorro y el uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos» el artículo 106 regula la adquisición de vehículos de transporte por carretera limpios.

forma específica es la primera vez que se hacen menciones concretas a las cuestiones medioambientales en la regulación española de contratación pública (como se ha indicado con anterioridad, el artículo 118 del TRLCSP solo indica que *«Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental (...)»* sin entrar en ningún tipo de detalle al respecto, aunque sí enumera alguna de las condiciones sociales posibles).

No obstante, a pesar de la amplia mención a aspectos que pueden establecerse como condiciones especiales de ejecución, la indicación *«entre otras»* tanto en los aspectos medioambientales como en los sociales o relativos al empleo indica, con claridad, que es posible que se utilicen otras consideraciones en lo que se refiere a la inclusión de estas obligaciones en las condiciones especiales de ejecución. Es decir, que en ningún caso se trata de listas exhaustivas.

Es siempre posible incluir otras y precisarlas en función del objeto del contrato. Existe una gran cantidad de recursos en la red referentes a las cláusulas relativas a la contratación socialmente responsable,¹³ así como abundante doctrina científica¹⁴ y muchas Administraciones Públicas han elaborado y publicado normativa interna¹⁵ con la que pretenden aplicar de la mejor manera la obligación de incluir cláusulas relativas a la contratación socialmente responsable en las diversas fases de sus procedimientos de contratación, incluyendo como condiciones especiales de ejecución.

En el apartado 3 del artículo 202 de la LCSP se establecen las bases para que las condiciones especiales de ejecución sean efectivamente cumplidas y no se queden en una simple declaración de intenciones de los órganos de contratación. Para ello, dentro de los pliegos se podrán¹⁶ establecer penalidades, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, que deberán ser proporcionales al incumplimiento.

13. Solo algunos ejemplos:

Red de Economía Alternativa y Solidaria (REAS) de Aragón (<https://reasaragon.net/contrataresponsable/>) Guía de compra verde y análisis del ciclo de vida, de la Sociedad Pública de Gestión Ambiental del Gobierno Vasco (<http://www.ihobe.eus/Publicaciones/ficha.aspx?IdMenu=4d8288e0-9ab0-41ad-b089-ee89291da3e9&Cod=bacafc9f-66a9-43c4-9866-fd70273beb88&Idioma=es-ES&Tipo=>)

14. Algunos trabajos doctrinales: «La inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública», Marta OLLER RUBERT, Revista catalana de dret ambiental Vol 1 n° 1 (2010). «Contratos verdes, de la posibilidad a la obligación», Patricia VALCARCEL FERNÁNDEZ. Revista Actualidad Jurídica 18 de abril de 2011. «Derecho global administrativo y de la contratación pública tras la cuarta generación de Directivas de la Unión Europea. Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental», Tesis doctoral. Jaime PINTOS SANTIAGO. Universidad de Castilla-La Mancha Publicada y disponible «on line» <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/8924/TESIS%20Pintos%20Santiago.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

15. Se pueden encontrar normativa interna respecto a la introducción de este tipo de cláusulas, entre otros, en los Ayuntamientos de Madrid, Valladolid, Castellón y Logroño, en la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en la Comunidad Autónoma de Extremadura, en la del País Vasco y en la Generalidad Catalana.

16. Si esta aparente potestad no se positiviza en los pliegos, haciendo obligatoria la imposición de penalidades, será imposible garantizar el cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución.

También es posible atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales, debiendo enumerarse con claridad y precisión cuales de las condiciones especiales de ejecución incluidas entre las cláusulas adquieren esta cualidad¹⁷, sin que sea posible usar cláusulas de tipo general. Si a una condición especial de ejecución se le atribuye el carácter de obligación contractual esencial, su incumplimiento será causa de resolución del contrato.

Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos, como infracción grave, de forma que si el incumplimiento ha ocurrido de forma dolosa o por negligencia y ha dado lugar a imposición de penalidades o indemnización por daños y perjuicios, se podrá declarar a la empresa como incurso en prohibiciones para contratar, por el propio órgano de contratación, con efectos en el ámbito del mismo órgano de contratación y posibilidad de extensión de los mismos al sector público en que se integre¹⁸.

El hecho de que el apartado 4 del artículo 202 de la Ley 9/2017 indique que *«Todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo»*. Supone otro paso adelante puesto que se impide que mediante la subcontratación o la cesión del contrato se eludan las obligaciones contractuales que haya adquirido el contratista inicial original. No obstante la aplicación de estas cláusulas conlleva, sin duda, un importante esfuerzo en el control de la ejecución del contrato, sea ejecutado directamente por el adjudicatario o por los posibles cesionarios o subcontratistas.

5. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LAS CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN: INCLUSIÓN EN LOS PLIEGOS Y CONTROL DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Cada vez más empieza a ser asumido que «la integración de la cláusulas sociales y medioambientales en la contratación pública supone a priori un importante beneficio social, un potente inductor para la consecución de políticas de la competencia de las administraciones contratantes...»¹⁹.

No obstante, la propia Comisión Europea indica que «disponer de cláusulas contractuales medioambientales solo es eficaz si el cumplimiento de dichas cláusulas es objeto de una supervisión adecuada» y ofrece la aplicación de diferentes

17. Artículo 211 f) de la Ley 9/2017

18. Según lo establecido en la letra c) del apartado 2 del artículo 71, en el apartado 3 del artículo 72 y en el apartado 1 del artículo 73 de la Ley 9/2017.

19. «La supervisión de la ejecución de los contratos. En especial de las cláusulas sociales y ambientales ¿potencia sin control?». Bernabé Palacín Saenz. Gabillex. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla La Mancha. N° 7 2016.

métodos de supervisión como la comprobación sobre el terreno o las pruebas de incumplimiento.²⁰

Como ya se ha indicado anteriormente, mediante las condiciones especiales de ejecución resulta posible regular una obligación, que siendo determinada desde el momento del inicio del procedimiento de licitación por la administración, a través del pliego de cláusulas administrativas particulares, va a vincular al adjudicatario hasta el momento de la finalización del contrato, incidiendo por tanto en todos los aspectos de la contratación:

- En la elaboración de la documentación del procedimiento (pliegos y demás documentación complementaria), puesto que para garantizar la eficacia social y medioambiental, el diseño de los pliegos en estos aspectos y, en particular, la elección de la o las cláusulas que se conviertan en condiciones especiales de ejecución, de entre ellas cuales serán obligaciones contractuales esenciales o el incumplimiento de cuales se considerará una infracción muy grave, adquirirá gran importancia. Asimismo deberá considerarse si, dependiendo de las características del contrato y del tipo de condición a incluir, podría afectar al presupuesto base de licitación, dado que para la determinación del mismo deben tenerse en cuenta todos los costes relativos a la ejecución de la prestación.
- En las empresas que puedan licitar, dado que solo podrán hacerlo aquellas capaces de cumplir con todas las obligaciones que se determinen.
- En las ofertas a presentar, puesto que deben tener en cuenta, si es necesario, el coste de la obligación contraen.
- En la ejecución del contrato, en múltiples aspectos (no se puede olvidar que estamos hablando de condiciones especiales «de ejecución»)
 - Por parte de la empresa adjudicataria, que deberá aportar los medios para el cumplimiento y, en su caso, deberá demostrar el mismo.
 - En los posibles subcontratistas y cesionarios, que también deberán respetar la totalidad de las obligaciones suscritas por el contratista principal. Como se ha mencionado, la ley pretende que no sea posible eludir las obligaciones contractuales mediante la subcontratación o la cesión. En caso de subcontratación será el contratista principal el que responda de un posible incumplimiento como si dicho incumplimiento le fuera atribuible.
 - Por parte de la Administración contratante, que deberá dar las instrucciones pertinentes para el cumplimiento de la totalidad del contrato, proceder a la comprobación efectiva del mismo e imponer penalidades o incluso resolver el contrato en caso de incumplimiento. En todo este proceso adquiere un enorme valor la figura, ahora obligatoria, del responsable del contrato.

20. Adquisiciones ecológicas. Manual sobre contratación pública ecológica. Comisión Europea. Febrero 2016

Queda, por lo tanto, claro que la aplicación de estas cláusulas conlleva, además de la necesaria planificación y estudio previo, un importante esfuerzo en el control de la ejecución del contrato, sea ejecutado directamente por el adjudicatario o por los posibles cesionarios o subcontratistas. De otra manera no se conseguirán los objetivos que se pretenden con la introducción de este tipo de cláusulas.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón se pronunció, hace ya unos años sobre la necesidad del control en la ejecución de los contratos *«que permita aplicar con rigor la cláusula y sus consecuencias y no la convierta en papel mojado»*²¹ o en cuanto a la incorporación de parámetros objetivos para determinar cuando la obligación se entiende cumplida, indicando que *«debe establecerse un importante y responsable control por la Administración en la fase de ejecución del contrato, que permita aplicar con rigor la cláusula; y sus consecuencias («supresión» de la prórroga o resolución del contrato) deben también acotarse en cada caso»*.²²

Resulta fácil entender que no servirá de nada recoger en el pliego cláusulas relativas a la contratación socialmente responsable si el cumplimiento de las obligaciones establecidas por ellas no es comprobado materialmente por el órgano de contratación.

Por lo tanto en la práctica diaria, para introducir en los procedimientos de contratación obligaciones relativas a la contratación socialmente responsable será necesario lo siguiente:

- Una planificación previa del contrato, de los aspectos que pretende abarcar y de en cuáles de ellos sería posible la introducción de obligaciones relativas a los objetivos transversales que, previamente, hayan sido definidos como estratégicos por el órgano de contratación (no se puede intentar abarcar todos los aspectos, ni siquiera todos los medioambientales o todos los sociales, hay que centrarse, en aras a la eficiencia exigida por la normativa en vigor, en aquellos aspectos en los que, según las características de cada contrato, las obligaciones introducidas como condiciones especiales de ejecución sean susceptibles de un mayor impacto con un menor esfuerzo, ya sea económico o de recursos y medios por todos los implicados).
- Una vez determinado donde resulta posible el establecimiento de condiciones especiales de ejecución y sobre qué aspectos concretos hay que tener en cuenta lo siguiente:
 - Las condiciones especiales de ejecución deben ser formuladas con claridad y precisión en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

21. Informe 16/2014, de 1 de octubre, sobre incorporación en los pliegos de los contratos de determinadas cláusulas sociales y consecuencias de su posible incumplimiento.

22. Informe 1/2015 de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Incorporación de cláusulas de contenido social, laboral y medioambiental en los Pliegos que rigen las licitaciones de los contratos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

- De ser necesario hay que contemplar las obligaciones establecidas en las condiciones especiales de ejecución como componentes del presupuesto base de licitación.
 - En ningún caso podrán los extremos incluidos como condiciones especiales de ejecución ser utilizados como criterios de selección ni ser valorados como criterios de adjudicación.
 - El cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución debe ser comprobable.
 - Debe incorporarse en los pliegos la forma en que el órgano de contratación comprobará su cumplimiento (preferentemente mediante indicadores objetivos).
 - Resulta aconsejable que los resultados obtenidos por la aplicación de las condiciones especiales de ejecución puedan ser evaluados. A estos efectos en los pliegos deberían incorporarse las formas de evaluar los resultados obtenidos.
 - Asimismo en los pliegos se establecerá: si alguna o todas de las condiciones especiales de ejecución se configura como obligación contractual esencial, o si el incumplimiento de alguna o todas ellas se considera infracción muy grave.
- Una vez finalizado el procedimiento de licitación, adjudicado el contrato y comenzada la ejecución del mismo deben aplicarse los parámetros objetivos que se hubieran determinado en los pliegos para la comprobación del cumplimiento.
 - Es necesario iniciar los procedimientos adecuados en caso de incumplimiento de todos los aspectos del contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución, según estén estas calificadas en los pliegos, llegando hasta la completa resolución del procedimiento. Estos procedimientos suelen requerir de una importante dedicación de tiempo y medios por parte de los gestores de contratación, pero resultan imprescindibles para conseguir que la contratación, de forma general, despliegue todo el potencial que tiene encomendado.
 - Asimismo resulta necesario que se evalúen los resultados de las condiciones esenciales y el impacto que han causado, con el fin de comprobar si realmente se ha cumplido el objetivo previsto.

En conclusión, más allá del establecimiento de condiciones especiales de ejecución relativas a la contratación socialmente responsable con la única finalidad de un mero cumplimiento formal de las obligaciones establecidas en la ley, lo adecuado para que se cumpla realmente lo establecido en la normativa de aplicación es que se establezcan junto con los indicadores que pueden acreditar su cumplimiento y se evalúe el impacto que causan sobre el objetivo perseguido.

Capítulo 9

LAS CLÁUSULAS DE ESTRATEGIA MEDIOAMBIENTAL EN LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUALES

Elena Hernández Salguero

Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid

A la hora de abordar el estudio sistemático de la doctrina de los tribunales de recursos contractuales sobre el tratamiento de la inclusión de cláusulas medioambientales en la compra pública, llama la atención la escasez de resoluciones dictadas en relación con esta materia, a diferencia del otro gran bloque de cláusulas de contenido estratégico contempladas en la normativa sobre contratación pública como son las cláusulas de tipo social, que han experimentado una importante incidencia con carácter reciente. Esta circunstancia encuentra su reflejo en el ámbito de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que desde las Sentencias de 17 de septiembre de 2002 (Asunto C-513/1999 Concordia Bus Finland OY AB y Helsigin Kaupunki) y de 4 de diciembre de 2003 (Asunto C-448/01 EVN y Wienstrom), viene admitiendo de forma clara la posibilidad de implementar políticas públicas de protección del medio ambiente a través de la compra pública.

Ello determina lógicamente que los poderes adjudicadores y operadores económicos, manejen con mayor soltura y de forma más generalizada este tipo de cláusulas medioambientales. Esta situación no es especial o ajena a lo que suele ser usual en cualquier sistema normativo y su aplicación, que responde a las necesidades, inquietudes o problemas de la realidad que pretende regular en cada momento. De manera que, por ejemplo, en momentos en que el ciclo eco-

nómico es alcista en un escenario de crecimiento es lógico que se generalice la preocupación por los posibles efectos nocivos para el entorno derivados del propio crecimiento, mientras que en los momentos de ciclos recesivos o de crisis el sufrimiento social que llevan consigo nos sitúa en un escenario donde el bien jurídico a proteger son las personas y sus relaciones con las empresas suministradoras de bienes y servicios a los poderes adjudicadores.

La reciente aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del Sector Público, establece como uno de sus objetivos la introducción de elementos de estrategia en materia social, medioambiental y de innovación de forma transversal y obligatoria en la compra pública ya desde su primer precepto, artículo 1.3, y en su preámbulo.¹ Si bien esta norma no ha podido ser aun aplicada de forma directa por los Tribunales dada su fecha de entrada en vigor², lo cierto es que muchos de los elementos que recoge, sus límites y requisitos, han sido introducidos por aquéllos de la mano de la aplicación de la doctrina sentada por el TJUE, y de la aplicación directa de la Directiva 2014/24/UE, ante su falta de transposición en plazo.

Por otro lado la generalización de la utilización del recurso especial en materia de contratación³ ha permitido generar un cuerpo de doctrina importante en torno a diversas cuestiones, una de ellas la delimitación de las posibilidades de la compra pública estratégica, tanto en relación con cuestiones medioambientales, como de tipo social, de promoción de PYMES, o de innovación.

No todas las cuestiones de índole medioambiental reguladas en la LCSP responden al concepto de cláusula en la aplicación de la visión estratégica de la compra pública, ya que algunas no son sino un refuerzo o el establecimiento específico de la necesidad de dar cumplimiento a las obligaciones de tipo medioambiental establecidas en la legislación vigente, conceptos que deben incluir obviamente toda la legislación sectorial.

Se puede hacer así una primera distinción entre cuestiones que no tienden a la implementación de políticas medioambientales y por tanto no añaden valor desde esta consideración, y cuestiones medioambientales que responden al estricto concepto de condiciones estratégicas, que añaden valor ecológico o ambiental a la contratación. De ahí que muchas de las cuestiones de índole estratégica que se plantean a la luz de la Directiva 2014/24/UE y que han sido acogidas por los operadores económicos y por algunos órganos de contratación como una novedad o cambio de sistema, no lo son a mi juicio. La circunstancia de que la LCSP reconozca expresamente la obligación de cumplimiento de las

1. «(...) se establece la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato»

2. De acuerdo con la DT 1.4 «En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.»

3. En los primeros siete años de funcionamiento de los Tribunales de recursos contractuales se han dictado más de 13.000 resoluciones.

obligaciones medioambientales, al igual que en el caso de las laborales⁴, no las hace más obligatorias (valga la redundancia) ni les añade un plus de imperatividad. Esto no obstante no cabe desconocer que esta regulación ha servido para poner el foco de atención sobre este tipo de cuestiones.

El estudio sistemático de las cláusulas medioambientales en la doctrina de los Tribunales de recursos contractuales necesariamente nos conduce al segundo tipo de cláusulas a las que me refiero, esto es a las de carácter estratégico, que buscan implementar valor en la compra pública, bien mediante la inclusión de cuestiones atinentes a la solvencia de las empresas, que es donde mayor incidencia tienen estas medidas, las prescripciones técnicas, los criterios de valoración o a las condiciones especiales de ejecución.

En todo caso se configura como un límite fundamental para el establecimiento de este tipo de cláusulas en cuestión, siguiendo lo declarado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en su Resolución 1065/2017, la desviación de poder, esto es, en el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los atribuidos en el Ordenamiento (cfr.: artículo 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), límite aplicable igualmente a la libertad de pactos (cfr.: Dictamen del Consejo de Estado de 16 de noviembre de 1995 —expediente 2216/1995—), en la medida en que con ellas no se pretenda regular los derechos y obligaciones de las partes del contrato, apartándose del propósito del Pliego y de los propios fines de la contratación pública.

De esta forma se hará un examen transversal de las posibilidades de la nueva ley, a la luz de la doctrina de los Tribunales de recursos contractuales.

1. LAS CLÁUSULAS MEDIOAMBIENTALES COMO REQUISITOS DE SOLVENCIA. CERTIFICADOS AMBIENTALES

El establecimiento de exigencias de tipo medioambiental se suele incluir en las adquisiciones de bienes y servicios de forma preponderante a través de requisitos de solvencia, que permiten apreciar que las empresas licitadoras incorporan en sus procesos productivos, con carácter general, elementos de protección o gestión ambiental. Es por ello que las resoluciones que abordan esta cuestión por uno u otro motivo son las más numerosas.

Obviamente el tratamiento de los requisitos de solvencia no puede ser distinto en función del ámbito en que operen (financieros, técnicos, de corte medioambiental, etc.). De esta forma los pronunciamientos relacionados con la solvencia, se centran en cuestiones tales como la proporcionalidad y adecuación de los niveles exigidos, y su relación con los principios de concurrencia e igualdad de licitadores, comunes a la exigencia de solvencia de cualquier ámbito.

4. Vid. HERNÁNDEZ SALGUERO, Elena «Cláusulas sociales en la contratación pública». *Tratado de contratos del sector público*. Editorial Tirant lo Blanch. 2018

Normalmente la acreditación de la solvencia en gestión ambiental se solicita en los pliegos mediante la aportación de certificados de que la empresa posee o aplica algún Sistema de Gestión Ambiental (SGA). El SGA incluye a grandes rasgos aspectos relativos a la estructura organizativa de la sociedad, los procedimientos, prácticas, responsabilidades y los procesos a implantar o revisar por las empresas, siendo las principales certificaciones exigidas las de la serie ISO 1400, especialmente la 14001 y la certificación EMAS.

En la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACPCM) 139/2013, de 19 de septiembre, se corrobora la posibilidad de exigir la presentación de certificados de gestión medioambiental, como requisito de solvencia, partiendo de la diferencia de la exigencia de este tipo de requisitos, respecto de los elementos a establecer para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa o con mejor relación calidad precio, indicando expresamente que los certificados de gestión medioambiental *«no pueden considerarse criterio objetivo de adjudicación del contrato»*. El ámbito propio de actuación de estas certificaciones es precisamente el de acreditación de las condiciones de aptitud de las empresas licitadoras, puesto que se refieren a aspectos propios de la actividad empresarial, no presentes únicamente en la proposición concreta vinculada al contrato público que se licita, tal y como se indica en los Informes de la JCCE 73/2014, de 15 de marzo y 50/2006, de 11 de diciembre que concluyen que la certificación medioambiental ISO 14000 debe configurarse, como requisito de solvencia y no como criterio de adjudicación a valorar. Así se expone en la Resolución del TACPCM 321/2017, de 2 de noviembre que *«Las certificaciones medioambientales se establecieron como instrumento para que las empresas pudieran organizar su gestión interna teniendo en cuenta sus impactos sobre el entorno y las medidas para prevenirlos y reducirlos, (...)»*.⁵

Esto no obsta para que la mejora de los mínimos de calidad en la gestión ambiental que determinan la obtención de un determinado certificado de gestión ambiental pueda ser objeto de baremación, tal y como se indica en la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Junta de Andalucía (TARCJA) 1/2013, de 11 de enero y en las Resoluciones del TACPCM 156/2012, de 19 de diciembre de 2012, y 6/2013 de 16 de enero, que si bien no se referían a certificaciones ambientales específicamente sino de calidad, considera admisible que los resultados de los ensayos puedan ser objeto de valoración sobre un mínimo exigido como solvencia técnica.

En mi opinión, esta exigencia puede operar, según la Resolución TACPCM 139/2013, tanto en los contratos sujetos a regulación armonizada, como en los contratos que no ostentan dicha condición, a pesar de la dicción literal del entonces vigente artículo 81 del TRLCSP, que se recoge en el actual artículo 94 de la LCSP, en virtud del principio de libertad de pactos, siempre que los requisitos que se establezcan sean compatibles con el derecho de la Unión Europea y los principios derivados de él. *«Si para la contratación sujeta a regulación armo-*

5. En el mismo sentido cabe citar las resoluciones del TARCJA 105/2015 y 330/2015.

nizada es posible esta exigencia adicional de solvencia, no puede negarse que para los contratos no sujetos a regulación armonizada pueda establecerse una condición similar. No obstante, los requisitos que se establezcan habrán de ser compatibles con el derecho comunitario y los principios derivados de él. En cualquier caso, y en virtud del principio de libertad de pactos, el órgano de contratación también en estos contratos puede acogerse a las formas de acreditación del cumplimiento de las normas de gestión ambiental establecida en el artículo 81 del TRLCSP».

No cabe desconocer el criterio del TARCJA que en su Resolución 50/2016, de 10 de marzo, considera que el artículo 81 del TRLCSP incorporaba como único límite a su aplicación que se haga en los procedimientos relativos a contratos sujetos la regulación armonizada. *«Pues bien, teniendo en cuenta toda la normativa anterior, el requisito de disponer de un sistema de gestión medioambiental requiere no solo que el contrato esté sujeto a regulación armonizada, sino además que así se indique en los pliegos y que su exigencia esté vinculada al objeto del contrato y sea proporcional al mismo, así como que se cumplan los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación».* En el mismo sentido la Resolución 74/2013, de 10 de junio, del TARCJA.

Con independencia de la posibilidad genérica de la exigencia de un sistema de gestión medioambiental, se consideraba específicamente en la Resolución del TACPCM 321/2017, que el requerimiento conjunto de más de un certificado de contenido equivalente es contrario al principio de libre concurrencia, ya que al ser suficiente la presentación de uno de ellos para acreditar la implantación de un SGA en una empresa licitadora, la exigencia de más de uno se puede considerar como un obstáculo injustificado a la libre concurrencia. Así se indicaba en dicha Resolución que *«Las principales normas en las que se basan los sistemas de gestión ambiental son precisamente la ISO 14001 (que dentro de la norma ISO 14000 es la de Gestión), promovida por ISO y aceptada en todo el mundo y la EMAS, promovida por la Unión Europea, y más estricta que la anterior, pero los aspectos que tienen en cuenta los Sistemas de Gestión Ambiental basados en ambas normas son idénticos, es más, el Reglamento EMAS y la norma internacional ISO 14001 constituyen dos herramientas de gestión medioambiental relacionadas hasta el punto que el Anexo I «Requisitos del sistema de gestión ambiental» del Reglamento EMAS nos remite a la sección 4 de la norma ISO 14001, para definir los requisitos del sistema de gestión medioambiental. Por lo tanto disponer de una de ellas debe ser suficiente para acreditar el cumplimiento de las normas de gestión ambiental, dado el contenido de ambas».*

En todo caso, como no podría ser de otro modo, puesto que nos hallamos ante cuestiones relativas a la acreditación de la solvencia de los licitadores, la misma debe ser proporcionada y adecuada al objeto del contrato. Por tanto, para que pueda exigirse en el pliego la acreditación de la implantación de sistemas de gestión medioambiental es requisito necesario que dicha imposición sea acorde con el objeto del contrato, ya que si el requerimiento de dicha acreditación es desproporcionado o innecesario, ello afectará al principio de

conurrencia empresarial y constituiría por tanto una causa de nulidad de la cláusula del pliego que contenga esa obligación, tal y como se señala el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (TARCYL) en su Resolución 25/2015, de 9 de abril.

Este criterio es el aplicado por el TARCJA en la Resolución 50/2016, de 10 de marzo, que no considera adecuado al objeto de un contrato de atención telefónica, por su falta total de relación con el mismo, la aportación de certificados de implantación de normas de gestión medioambiental *«En concreto, se trata de prestaciones que, tal y como se desprende del objeto del contrato y de la descripción de los trabajos, son de carácter técnico relacionadas con la atención telefónica y con la gestión administrativa que de ello se derive, para las cuales no se entiende la necesidad de exigir la acreditación de normas de gestión medioambiental. Su exigencia supone, por tanto, una discriminación de unas empresas frente a otras, con clara vulneración del principio de concurrencia consagrado en la normativa sobre contratación pública»*.

En la Resolución 321/2017, de 2 de noviembre del TACPCM también se admiten las alegaciones de la recurrente que consideraba que la exigencia de certificados de gestión ambiental era ajena al objeto del contrato (colaboración en la recaudación ejecutiva de tributos locales) y que no guardaba una proporción razonable en sus exigencias de solvencia, y por lo tanto se anulaban los pliegos en relación con su requerimiento, si bien dicha resolución introduce un matiz interesante respecto de las anteriormente comentadas. Efectivamente se considera como punto de partida, además del respeto a los principios generales que deben regir la contratación pública, que constituye el fundamento de las resoluciones más arriba citadas en relación con esta cuestión, el objetivo marcado por la Unión Europea desde la Estrategia Europa 2020, de promoción del acceso de las PYMES a la compra pública, contemplado en el considerando 84 de la Directiva 2014/24/UE, que explica que *«Muchos operadores económicos, y en concreto las PYMES, consideran que un obstáculo importante para su participación en la contratación pública son las cargas administrativas que conlleva la obligación de presentar un número sustancial de certificados u otros documentos relacionados con los criterios de exclusión y de selección»*, que a su vez es recogido en el Preámbulo de la LCSP.

El respeto de los indicados principios exige asimismo la aceptación de otras normas o certificados equivalentes, como reconoce la doctrina de los Tribunales de Recursos Contractuales, tal y como previene la Comunicación Interpretativa de la Comisión, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, Bruselas, 4.7.2001COM(2001) 274 final, en su apartado 2.2.2, cuando señala que *«los poderes adjudicadores podrían mencionar explícitamente en la documentación o anuncio de contrato que siempre que las empresas dispongan de un sistema de gestión y auditoría medioambiental que satisfaga los requisitos de capacidad técnica, éste será aceptado como justificante. Al mismo tiempo, los poderes adjudicadores no excluirán otros justificantes y sólo aceptarán el registro en el EMAS en cuanto tales justificantes. Por*

consiguiente, deberá aceptarse también cualquier otro certificado (por ejemplo, el ISO 140001) o cualquier otro justificante».

Así se reconoce asimismo en la Resolución del TARCYL 25/2015, más arriba citada «Los artículos 80 y 81 del TRLCSP, (actuales artículos 93 y 94 LCSP), referidos a la acreditación de las normas de garantía de la calidad y de las normas de gestión medioambiental, admiten la posibilidad de que el órgano de contratación pudiera requerir certificados de normas de calidad o de gestión medioambiental, pero en ambos casos la norma establece que «Los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios».

El TACRC sienta su doctrina en relación con la exigencia de certificados equivalentes de gestión medioambiental en su Resolución 113/2014, «Es obvio que, el Certificado del Sistema de Gestión de Calidad según la Norma ISO 9001 que se exige como requisito mínimo para participar en la licitación, es expresivo de la solvencia técnica y profesional de los licitadores. Y la empresa contratante está en su derecho de exigir la posesión de ese certificado a los futuros licitadores, como manifestación de esa solvencia técnica (art. 78 del TRLCSP). Ahora bien, en el caso que exija a los licitadores para participar en el concurso ese certificado, debe permitir acreditar esa solvencia, además de por el certificado aquí exigido, por otros certificados y otros medios de prueba que los licitadores puedan aportar para justificar su solvencia técnica, tal y como se contempla en el artículo 80 del TRLCSP. Lo que no debe ni puede hacer la empresa contratante, es exigir como requisito «sine qua non», la posesión del Certificado del Sistema de Gestión de Calidad según la Norma ISO 9001, para poder participar en la licitación, pues a esa conclusión se llega a la vista que, la posesión y presentación del Certificado, se exige como mínimo, luego si no se presentara por un licitador, quedaría automáticamente excluido del procedimiento de licitación».⁶ Equivalencia que debe abarcar tanto los certificados expedidos por entidades nacionales como de la Unión Europea, tal y como se indica en la Resolución TACRC 238/2011.

Una cuestión relacionada con la equivalencia de las certificaciones, es la de si una declaración del representante de la empresa en el sentido de que la misma está en proceso de obtención del referido certificado, debe considerarse medio de prueba equivalente de garantía de la calidad, tratada en el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA) 26/2012, de 13 de julio de 2012, interpretando el alcance de la expresión «otras pruebas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios», del entonces vigente artículo 80.2 TRLCSP al entender que «una auditoría externa en

6. Como consecuencia de la falta de indicación de la aceptación de certificados equivalentes el TACRC su Resolución 65/2015, de 20 de enero de 2015 anuló los pliegos de la licitación del contrato de servicio de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Badajoz y Sevilla.

ningún caso es asimilable a una declaración de parte, que por tanto no puede surtir efectos en el proceso de licitación de referencia».

Por otro lado, la consideración de este tipo de certificados como requisitos acreditativos de la solvencia y su ubicación sistemática a efectos de delimitar su naturaleza y régimen jurídico, se explica en la Resolución 782/2014, de 24 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) que señala a este respecto que *«la posibilidad de exigir un certificado sobre el cumplimiento de normas de calidad no debe buscarse en el artículo 80 TRLCSP, sino más bien en los artículos 76 y siguientes TRLCSP (actuales artículos 86 y ss de la LCSP) y, en particular, tratándose de un contrato de servicios, en los apartados c) o d) del artículo 78 TRLCSP(artículo 90 LCSP) según corresponda (véanse, en este sentido, Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 50/2006 y 73/2004, éste último relativo a las certificaciones medioambientales, pero que resulta igualmente aplicable al supuesto aquí analizado). Así lo confirma la lectura del artículo 74.1 TRLCSP, (actual artículo 86 LCSP) a cuyo tenor: ‘La solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 75 a 79’. (Artículos 87 a 91 LCSP). (...) «Los medios para acreditar la solvencia son, exclusivamente, los señalados en los artículos 75 y 79; los artículos 80 y 81 TRLCSP no constituyen medios adicionales para justificarla, sino que tienen un alcance delimitador de los certificados, que sí se contemplan en los artículos 76 a 78 TRLCSP».*

Otra cuestión de interés en relación con la solvencia a acreditar mediante la aportación de certificados de gestión ambiental radica en su compatibilidad con la exigencia de clasificación. La compatibilidad de la solvencia con la exigencia de aportación de un certificado de gestión ambiental, ya reconocida en las Resoluciones TACRC 0143/2012 y 0070/2013, pudiera plantear dudas en una lectura no sistemática de la normativa reguladora de la compra pública, en tanto en cuanto, la clasificación, cuando es legalmente preceptiva, suple a la acreditación de las condiciones de solvencia, de acuerdo con artículo 74.1 LCSP en los mismos términos que su predecesor el artículo 62.1 TRLCSP, desplazando así la aplicación de los medios indicados en los artículos 86 y siguientes de la LCSP, en los que se ampara la exigencia de los certificados del cumplimiento de las normas de garantía o de gestión ambiental.

Sin embargo, el TACRC en la Resolución 782/2014, más arriba comentada, ha fundamentado dicha compatibilidad en la circunstancia de que *«la clasificación en ningún caso se pronuncia sobre el cumplimiento de normas de garantía de calidad o de gestión medioambiental —que son siempre relativos a la solvencia técnica—, sino sobre los medios financieros, personales y materiales de la empresa, la experiencia en la ejecución de trabajos relacionados con la que se pretende, así como, en su caso, la existencia de las autorizaciones para ejercer la actividad correspondiente (artículos 30-34, 40-44, 47 y concordantes del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre). (...) «Por tal motivo, porque una*

empresa debidamente clasificada puede no ajustarse a los estándares acreditados por el cumplimiento de normas de garantía de calidad o de gestión medioambiental, debemos reiterar hoy que en los contratos en los que se exija clasificación puede el órgano de contratación reclamar los certificados a los que aluden los artículos 80 y 81 TRLCSP».

El TACRC ha afirmado también que los certificados responsabilidad social corporativa, en concreto el SG21 que permite implantar, auditar y certificar un sistema de gestión ética y socialmente responsable, constituyendo una herramienta para la integración de los aspectos ambientales, sociales y de buen gobierno en la gestión de empresas y organizaciones de todo tipo, pueden exigirse de forma adicional a la clasificación. Así, en la Resolución 1110/2017, de 24 de noviembre, con cita de las Resoluciones 108/2016, de 5 de febrero, 261/2015, de 23 de marzo, y 782/2014, de 24 de octubre, se indica *«Una última advertencia debe hacerse a fin de clarificar el alcance de la doctrina que hoy sentamos, a fin de dejar sentado que ésta no es incompatible con que los Pliegos puedan imponer la necesidad de acreditar el cumplimiento de estas normas de garantía de calidad y de gestión medioambiental incluso cuando es preceptiva la oportuna clasificación».*

También se han pronunciado los Tribunales en relación con la acreditación de la solvencia fundada en consideraciones de tipo ambiental, cuando los licitadores concurren con el compromiso de constituir una UTE. En concreto la Resolución 86/2013, de 17 de junio del TACPCM, trayendo a colación la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa⁷, consideró que los certificados de calidad o de gestión ambiental expedidos para una empresa determinada acreditan el cumplimiento por ella de tales normas con respecto a los niveles de calidad y de gestión medioambiental, pero no de las restantes empresas del grupo. De igual modo el certificado expedido para una empresa no puede servir para acreditar el cumplimiento de tales normas por otras que no los posean o los posean para actividad diferente.

En el mismo sentido cabe citar el Acuerdo 26/2012, de 13 de julio de 2012, del TACPA.

7. Informe JCAE 29/2010, () «entiende la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que hay una diferencia esencial entre las exigencias relacionadas con la solvencia, contenidas en los artículos 64 a 68, y los requisitos a que se refieren los artículos 69 y 70 de la Ley de Contratos del Sector Público. En efecto, mientras los primeros se refieren básicamente a los medios de carácter financiero, a la experiencia y a los medios personales y materiales de que dispone cada empresa, los otros dos artículos hacen referencia a la acreditación del cumplimiento de normas de garantía de calidad y de gestión medioambiental de cada una de las empresas del grupo o de la unión temporal de empresas.

4. De lo expuesto se deduce claramente que los primeros pueden, mediante su integración, incrementar la solvencia de las empresas, de tal forma que la resultante sea la suma de los medios con que cuenta cada una de ellas o de los pertenecientes a otras empresas si se acredita la disponibilidad por el tiempo necesario. Por el contrario, los certificados a que aluden los artículos 69 y 70 se refieren a características intrínsecas de cada empresa que afectan básicamente a las peculiaridades de su funcionamiento y, por tanto, no pueden ser transferidos de unas a otras.»

2. LAS CLÁUSULAS MEDIOAMBIENTALES COMO PRESCRIPCIONES TÉCNICAS

En otras ocasiones la introducción de aspectos ambientales en la contratación pública se produce con motivo de la descripción de las prescripciones técnicas exigidas, especialmente en los contratos de suministro. Me refiero en este apartado a cláusulas de contenido específico más allá de la simple mención, que suele aparecer en algunos pliegos, a la obligación del contratista de realizar una correcta gestión ambiental del contrato, tomando las medidas necesarias para minimizar los impactos que esta pueda ocasionar de acuerdo con la legislación vigente.

De nuevo debe afirmarse que, como es obvio, a esta forma de introducción de cuestiones ambientales debe aplicarse la normativa relativa a la definición de las prescripciones técnicas, específicamente los artículos 125 y 126 de la LCSP, que en lo esencial no se apartan de la regulación contenida en sus predecesores, los artículos 117 y 118 del TRLCSP, en tanto previenen que las prescripciones técnicas no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia. Así lo establece también entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 1996, cuando señala que *«las facultades de la Administración de redactar y aprobar los pliegos de condiciones administrativas y técnicas que la recurrente invoca no pueden ir nunca en contra del principio de libre competencia (...)»*

Señalaba el TACPCM al respecto en su Resolución 244/2016, de 16 de noviembre, que *«debe tenerse en consideración lo dispuesto en el anexo VII.1.b) de la Directiva 2014/24/UE, en cuanto al definir qué se entiende por especificación técnica, se refiere a niveles de comportamiento ambiental y climático, de los productos, así como sus condiciones de envasado» (...)* *«Por tanto, este Tribunal considera que la exigencia del requisito de presentación del producto en envase de vidrio o en su caso en bolsa está justificada por las necesidades a satisfacer, por ser considerada la más idónea para el cumplimiento del objeto del contrato, bien se trate de necesidades ambientales o funcionales, y no limita la concurrencia pues a la misma pueden adecuarse los productores si lo desean, respetando lo dispuesto en los artículos 116 y 117 del TRLCSP».*

Cabe traer a colación asimismo la Resolución del TACRC 007/2014, de 10 de enero, en la que se examinaba la exigencia en los pliegos para uno de los lotes de un contrato de suministro de que determinados envases ofertados para el Hospital Clínico Universitario Virgen de la Arrixaca fueran reutilizables o retornables, concluyendo que la misma no implica una limitación de la concurrencia, al excluir de la licitación a las empresas que no tienen capacidad para la gestión de los residuos ya que responde a las necesidades del órgano de contratación debidamente justificadas, en concreto a la implantación en el indicado centro de un Sistema de Gestión Medioambiental según requisitos de la Norma UNE EN ISO 14001:2004 a la par que mantiene una estrategia integral de calidad asistencial, basada en el modelo europeo de excelencia (EFQM), por lo que la gestión por procesos es un pilar básico de la organización y el proceso de gestión medioambiental se encuentra plenamente integrado en su actividad.

Por otro lado con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Sentencia de 22 de septiembre de 1988, Comisión/Irlanda, 45/87 Rec. p. 4929), existe un límite a la procedencia de ciertas normas ecológicas mínimas, cuando los criterios empleados restringen el mercado del servicio o del producto que ha de prestarse hasta tal punto que sólo subsista un único licitador, doctrina que en este punto se concreta y matiza por el Tribunal de Justicia de la Unión en la Sentencia Concordia Bus Finland, más arriba citada, cuando confirma que *«el hecho de que sólo un número reducido de empresas entre las que se encontraba una que pertenecía a la entidad adjudicadora pudiera cumplir uno de los criterios aplicados por dicha entidad para determinar la oferta económicamente más ventajosa no puede, por sí solo, constituir una violación del principio de igualdad de trato»*.

Esto no obstante, debe considerarse que la justificación de la exigencia no puede implicar forzar de forma artificial las necesidades a satisfacer por parte del órgano de contratación, de manera que a la postre dichas necesidades no sean sino un modo de restringir artificialmente la competencia. Sin embargo, en este ámbito de decisión inicial donde corresponde al órgano de contratación fijar los objetivos a satisfacer y el modo de llevarlos a efecto, los órganos encargados de la resolución del recurso especial tienen un margen de revisión definido, que debe quedar circunscrito al examen de los elementos que conforman la zona de control de los actos discrecionales, muy especialmente la motivación. Así se puso de relieve en la Resolución del TACPCM 244/2016, en la que se recogía la motivación dada por el órgano de contratación en relación con la prescripción relativa a la forma de presentación soluciones parenterales intravenosas, en frasco de vidrio o en bolsa de plástico, según el lote. *«La exigencia de estas características técnicas para la presentación de productos, mayoritariamente en vidrio, obedece a cuestiones de índole medioambientales, relacionadas con la disponibilidad de este Centro en lo que a la gestión de residuos se refiere. En este sentido, cabe citar que, el Hospital Clínico San Carlos dispone de un sistema de Gestión Ambiental implantado desde el año 2003 y certificado mediante la norma UN EN ISO 14001 y el Reglamento europeo EMAS. (...) Sin embargo, actualmente, se está comenzando a valorar la posibilidad de utilizar sueros en plástico, además de sueros en vidrio, debido a que los sueros envasados en plástico proporcionan otras ventajas, desde el punto de vista de prevención de riesgos, manejo por parte de la enfermería y almacenamiento, todo ello sin incumplir los compromisos ambientales que el Hospital tiene suscritos»*.

3. LAS CLÁUSULAS MEDIOAMBIENTALES COMO CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

Los criterios doctrinales y jurisprudenciales⁸ sentados en relación con los criterios de adjudicación, totalmente consolidados, que se recogían parcialmente

8. Sentencia TJUE de 18 de octubre de 2001, SIAC, Construction, C-19/00.

Sentencia TJUE de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom, C-448/01.

Sentencia TJUE de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland C-513/99.

en el artículo 150 del TRLCSP,⁹ han sido íntegramente incorporados a la LCSP en sus artículos 145 y 146, que exigen que aquellos¹⁰ estén vinculados al objeto del contrato, entendiendo dicha vinculación durante todo el ciclo de vida del producto o servicio, formulados de manera objetiva con respeto a los principios por los que ha de regirse la contratación pública, sin conceder al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada, y en condiciones de competencia efectiva, exigiéndose asimismo su comprobación por parte del órgano de contratación.

Estos requisitos por su puesto son también aplicables cuando el criterio de adjudicación a aplicar tiene carácter medioambiental a lo que debe añadirse que el criterio establecido en cuestión debe añadir valor a la propuesta básica del órgano de contratación, bien se configure como una mejora o como un criterio clásico de adjudicación.

La presencia de todos estos condicionantes se examinan en la Resolución del TACPCM 256/2017, 19 de septiembre de 2017, en la que se enjuiciaba la posibilidad de establecer como criterio de adjudicación en un contrato de suministro de energía eléctrica, además de la exigencia como prescripción técnica de que el 100% de la energía a suministrar estuviera certificada con garantía de origen renovable de acuerdo con el sistema de Garantías de origen regulado en la Orden ITC 1522/2001, de 24 de mayo, modificada por la Orden ITC 2914/2011 de 27 de octubre, que se aportara el etiquetado de electricidad del licitador para su valoración como criterio de adjudicación.

Para abordar el examen de la cuestión se parte del concepto y contenido de ambas garantías, en concreto el etiquetado de la electricidad se regula en la Circular 1/2008, de 7 de febrero, de la Comisión Nacional de la Energía, de información al consumidor sobre el origen de la electricidad consumida y su impacto en el medio ambiente Tal como se define en el apartado 2 de dicha Circular *«El etiquetado de la electricidad es un mecanismo diseñado con el fin de suministrar información fidedigna y homogénea a los clientes finales acerca de la electricidad que consumen, proporcionándole un formato uniforme, con in-*

9. El artículo 150 TRLCSP recogía la vinculación directa al objeto del contrato y su establecimiento en los pliegos.

10. Art. 145. 5. *«Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:*

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.2

dependencia del comercializador o distribuidor que le ha vendido la energía, con información precisa sobre:

El desglose de las fuentes de energía que se han utilizado para generar la electricidad que han consumido.

El impacto ambiental que dicha producción ha originado.»

La etiqueta de la electricidad informa sobre la mezcla o mix de energías correspondiente a la energía eléctrica vendida por cada empresa comercializadora (renovables, cogeneración del alta eficiencia, cogeneración, gas natural, carbón, fuel/gas, nuclear y otras), sus emisiones de CO₂ y residuos nucleares de alta actividad. Según la mezcla de energías de la empresa comercializadora a la que se aplican determinados factores de impacto ambiental regulados en el anexo VI de la Circular 1/2008, cada empresa recibirá una clasificación graduada en una escala entre la A y la G, siendo la categoría D la que corresponde a la media nacional.

Se explica por el TACPCM que la etiqueta no garantiza, ni informa sobre la energía suministrada a un cliente final concreto, eso lo hace la Garantía de Origen, si bien en los consumidores finales dado que la energía que llega es indistinguible de la de otros consumidores conectados al mismo sistema eléctrico, puede entenderse que el desglose del mix genérico de la comercializadora es el mismo del que participa su suministro. Cada año la CNMC emite un informe y lo publica y en él se indican las etiquetas que corresponden a cada empresa comercializadora a año vencido, destacando en relación con los pliegos objeto del recurso en que se dicta la Resolución comentada, que tratándose de pliegos del 2017 que regirán el suministro en años futuros, solo se puede exigir la etiqueta correspondiente al año 2016. Se concluye que con carácter general *«la etiqueta añade el valor correspondiente al impacto de la energía suministrada en emisiones de CO₂ y residuos radiactivos de alta actividad»*.

En primer lugar se parte de que tanto la Directiva 2014/24/UE, como el TRLCSP, habilitan la posibilidad de incluir consideraciones medioambientales incluso aunque se refieran a procesos que tienen lugar durante todo el ciclo de vida de la prestación, lo que se recoge en el actual artículo 146 de la LCSP, que se pueden incluir tanto en la definición de las prescripciones técnicas como en fase de adjudicación o en fase de ejecución.

Se constataba asimismo que el criterio de adjudicación controvertido, Etiquetado de la electricidad del licitador otorgado por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia durante el año 2016 —al que se asignan 5 puntos—, no permite valorar los elementos que el órgano de contratación precisa, según lo manifestado en los documentos justificativos incluidos en el expediente de contratación, como es la menor emisión de CO₂ (de hecho en función del marcado de la etiqueta A, B, C, D, E, F o G, se asignan distintos puntos) por lo tanto no era adecuado, consistiendo únicamente en una restricción injustificada de la competencia *«la etiqueta se expide a la comercializadora no por el suministro concreto que hará al Ayuntamiento (energía de procedencia de fuentes renovables o cogeneración de alta eficiencia), lo que permitiría comparar la menor emisión de CO₂ de la energía que se compra, sino por un*

etiquetado para su cuya obtención se han tenido en cuenta todas las fuentes de obtención de la energía distribuida por la comercializadora entre las que puede figurar carbón, fuel, gas u otras más contaminantes que la que es objeto de compra en el contrato. Es decir se ha obtenido una etiqueta en la clasificación por emisiones de CO₂ consecuencia de la distribución o comercialización de electricidad de origen no renovable que nada tiene que ver con el objeto del contrato.

Por tanto, no puede admitirse el criterio de adjudicación referido a la etiqueta de la electricidad comercializada o distribuida el año anterior en cuanto no discrimina las emisiones de CO₂ de la energía contratada respecto del total de las emisiones del mix comercializado por la distribuidora».

El Ayuntamiento de Madrid en ejecución de esta Resolución anuló la licitación convocando otra en la que configuraba la exigencia como un requisito de solvencia técnica, que fue objeto de la Resolución 110/2018, de 18 de abril, en la que el TACPM parte del análisis inicial de la posibilidad genérica de que el órgano de contratación exija como prescripción técnica o característica de la energía objeto del contrato que la misma tenga un origen renovable, en el bien entendido que no es posible distinguir materialmente una fuente de energía de otra en el mix que se comercializa, si bien sí es posible establecer esta diferenciación de forma virtual mediante el mecanismo de la redención. Se concluye en relación con esta cuestión que *«las pretensiones de los operadores económicos que tratan de ser licitadores en ningún caso pueden condicionar la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y los fines que pretende conseguir con el mismo, sino al contrario, estos deben adecuar su actuación a cumplir lo demandado, siempre en el marco del respeto a los principios que deben regir la contratación pública».*

El problema resulta precisamente del carácter virtual que tiene la distinción del origen de la energía, ya que ello dificulta en modo extremo su acreditación, constituyendo esta cuestión precisamente el núcleo de la Resolución comentada. Para ello hay dos instrumentos posibles, o bien el certificado anual de Garantía de Origen (certificado GdO) emitido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que es el solicitado por el órgano de contratación; o bien el etiquetado de la electricidad, siendo en principio ambos como un instrumentos aptos para acreditar exigencias de solvencia.

Sin embargo el primero de los documentos tal y como está regulado contempla junto con las energías renovables, las de cogeneración, de manera que no es apto para acreditar que el producto suministrado cumple las características o prescripciones técnicas exigidas. Sin embargo, a diferencia de la garantía de origen esta etiqueta acredita la composición de la energía comercializada en un ejercicio anterior, de manera que si una empresa obtiene la etiqueta A, eso significa que el 100% de lo que comercializó fue energía procedente de fuentes renovables y probaría que durante la ejecución del contrato que se licita estaría en condiciones de ofertar energía de esa procedencia que es el objeto del contrato.

Para soslayar esta dificultad el Tribunal propone enlazar la exigencia de solvencia con la propia prescripción técnica, precisamente con base en su carácter virtual. La premisa sería la siguiente: si no es posible acreditar el origen renovable 100% de la energía con el certificado CdO, al menos sí que la empresa tiene la capacidad de suministrar dicha energía, *«Aunque una empresa podría ser perfectamente capaz de suministrar energía de origen renovable sin necesidad de que la totalidad de la energía que comercializa, y que vende a los demás usuarios, lo sea, no podría acreditar que lo hace exclusivamente con fuentes renovables. Al exigir que la empresa licitadora suministre toda su energía con origen íntegramente renovable se consigue al menos garantizar que está capacitada para hacerlo. Al exigir además como objeto del contrato el suministro de energía renovable, dicha exigencia se proyecta durante la ejecución del contrato y la condición de aptitud debe mantenerse a lo largo de la vida del contrato»*. Por tanto se concluye que la certificación exigida en el PCAP aparece como adecuada para acreditar la solvencia técnica relativa a las empresas comercializadoras de energía eléctrica en cuanto a garantizar que solo han sido suministradoras de energía 100% renovable y en sus garantías de origen no aparece otro tipo de energía. Por lo tanto es idónea para cumplir el cometido que el TRLCSP le asigna.

En cuanto a la determinación objetiva de los criterios de adjudicación cabe citar la Resolución 125/2015, 15 de abril, del TARCJA, que al examinar la aplicación del criterio «organización del servicio» valorable mediante juicio de valor que incluye un apartado de gestión ambiental, expone la doctrina general al respecto *«Los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos queden fijados con el necesario nivel de concreción en los pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración»*.

Sobre la vinculación con el objeto del contrato y las cláusulas de arraigo territorial el TACRC en su Resolución 69/2015, de 23 de enero, viene a considerar que una cláusula que contempla determinada ubicación de instalaciones, es nula a no encontrarse vinculada al objeto del contrato, en definitiva por no aportar valor al mismo, indicando que *«(...) la argumentación del órgano de contratación de que el criterio en cuestión tiene por finalidad minimizar el riesgo medioambiental y sanitario no justifica una restricción al principio de igualdad y tratamiento no discriminatorio. Ello es así porque los criterios de valoración, de acuerdo con el artículo 150 del TRLCSP, deberán atender a criterios directamente vinculados al objeto del contrato. Ahora bien, la proximidad o no de la planta de tratamiento no afecta a la forma en la que se va a prestar el servicio. Esto es así porque es una cuestión que dependerá de las condiciones del transporte y no de una distancia específica. Así, el transporte tendrá que adecuarse a las exigencias de la cláusula 6.3 del PPT que exige que el licitador indique de forma individualizada su cualificación, formación específica, y autorización expedida por autoridad competente de tal forma que quede suficien-*

temente acreditado el cumplimiento estricto de la normativa vigente en materia de transporte de residuos y mercancías peligrosas y además presentará una descripción de los procedimientos seguidos para realizar el transporte de residuos hasta las plantas de tratamiento. Por lo tanto, la «distancia del transporte» es indiferente para el órgano de contratación, sin perjuicio de que para la empresa pueda suponer un mayor o menor coste. Esta falta de relación es evidente desde el momento en que el criterio C.3 toma en cuenta la distancia entre municipios en «abstracto», y no exige que las empresas aporten una relación del itinerario concreto que van a realizar, ni lo tiene en cuenta. Por lo tanto, la distancia entre los centros y la planta de tratamiento es una cuestión puramente accidental, lo que impide considerarla como directamente vinculada al objeto del contrato.»

4. LAS CLÁUSULAS MEDIOAMBIENTALES COMO CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN

Son varios los supuestos analizados por los Tribunales en que el establecimiento de requerimientos en materia medioambiental se verifica mediante el establecimiento de condiciones especiales de ejecución. Dentro de las obligaciones previstas por la Ley a las que los pliegos o el contrato en ausencia de éstos, pueden otorgar la consideración de esenciales, se encuentran las condiciones especiales de ejecución, a las que cabe asociar penalidades para casos de incumplimiento, tal y como señala el artículo 202.3 de la LCSP: *«Los pliegos podrán establecer penalidades conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 192 para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211.»* Por lo tanto, una condición esencial de ejecución no lo es *per se*, sino que tal carácter le será atribuido en su caso por los pliegos. Establece el artículo 202 de la LCSP las consideraciones de tipo medioambiental y las de tipo social y laboral, como las materias a las que podrán referirse las condiciones esenciales de ejecución. Respecto de las tipo medioambiental se plantean las que persigan la reducción de gases de efecto invernadero, el mantenimiento o mejora de valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato, una gestión más sostenible del agua, el fomento del uso de energías renovables, la promoción del reciclado del producto y el uso de envases reciclables, o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.

En la Resolución del TACPCM 256/2017, 19 de septiembre de 2017, más arriba comentada con el objeto de delimitar la posibilidad de exigir como obligación esencial de ejecución del contrato la garantía de origen, se expone su régimen jurídico.

Se acude para ello a la Orden ITC/1522/2007, de 24 de mayo, por la que se establece la regulación de la garantía del origen de la electricidad proceden-

te de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia, modificada por la Orden ITC/2914/2011, de 27 de octubre, incorporando así al derecho español el contenido del artículo 15 de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE, en relación con las garantías de origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia. Esta Orden tienen en cuenta asimismo lo previsto en el artículo 3.9 de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, en lo referente a la información a proporcionar al consumidor.

La Circular 6/2012, de 27 de septiembre, de la Comisión Nacional de la Energía (CNE), regula la gestión del sistema de garantía de origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia. Su objeto, declarado en su apartado primero, es establecer las normas de organización y funcionamiento del Sistema de garantía de origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia. Así, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), como entidad certificadora, certificará oficialmente a año vencido que la energía eléctrica suministrada durante ese año a este contrato en particular, y no a otro, procede de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia Tal como se define en el apartado 3 de esta Circular *«La garantía de origen es una acreditación, en formato electrónico, expedida a solicitud del interesado, que asegura que un número determinado de megavatios-hora de energía eléctrica producidos en una central, en un periodo temporal determinado, han sido generados a partir de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia.»*

La indicada resolución reconoce la legalidad de la exigencia como condición esencial de ejecución de la garantía de origen 100% renovable de la energía a suministrar mediante el contrato objeto del recurso especial, considerando que no limita la concurrencia y garantiza la igualdad de trato de los licitadores.

CONCLUSIÓN

La decidida apuesta de la LCSP por la implementación de políticas públicas mediante la inclusión de cláusulas de estrategia ambiental llevará consigo sin duda el desarrollo de la doctrina de los Tribunales contractuales en su aplicación, que necesariamente deberá partir como punto de origen de los criterios ya sentados en esta materia. Ello exigirá un pronunciamiento casuístico sobre los criterios que los órganos de contratación vayan estableciendo en los pliegos, que a su vez precisará de una respuesta coordinada en aplicación de lo establecido en la D.A vigesimotercera de la LCSP.

Esta aplicación de la normativa estratégica en materia de medio ambiente debería buscar el adecuado equilibrio entre la implementación de políticas medioambientales con la eficiencia en la compra pública, y sobre todo con el respeto a los principios que deben regir la contratación pública, especialmente los principios de igualdad libre concurrencia y proporcionalidad.

Capítulo 10

EL TEMA AMBIENTAL: NUEVO MARCO NORMATIVO. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CATALÀ DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC

M^a Eugenia López Mora

Doctora en Derecho

Vocal del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic

En el momento actual de la contratación pública, cada vez con más frecuencia los pliegos de contratación incluyen criterios, requisitos y consideraciones ambientales con el objetivo de conseguir una contratación más respetuosa con el medio ambiente. Esta tendencia pretende dar cumplimiento a las previsiones de las Directivas de cuarta generación¹ que se refieren a la «*contratación estratégica*»², que permite implementar la contratación con políticas públicas en

1. Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DO L 94, de 28.3.2014), Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO L 94, de 28.3.2014), Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DO L 94, de 28.3.2014).

2. GIMENO FELIÚ, J. M., «Compra pública estratégica», libro colectivo *Contratación pública estratégica*, PERNAS GARCÍA, J. J., (coord.), Civitas, Cizur Menor, 2013, págs. 45 a 80, IDEM, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una ley de contratos y propuestas de reforma*, Thomson/Civitas, Madrid, págs. 15 a 21, IDEM, «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, IDEM, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación*

áreas esenciales como el medio ambiente para poder contribuir a la consecución de los objetivos de la estrategia Europa 2020³ para ser más eficientes y diseñar políticas que permitan un mayor crecimiento en un contexto de globalización económica.

Las nuevas Directivas pretenden incrementar la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados posibles de la contratación en términos de relación calidad/precio en apoyo de la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética en el uso de los recursos y la lucha contra el cambio climático.

Centrándonos en el estudio de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero sobre contratación pública (en adelante, Directiva), cabe destacar que las referencias medioambientales que contiene están presentes en todas las fases de la licitación⁴, positivizando la ju-

pública: de la burocracia a la estrategia, Aranzadi, Cizur Menor, Ed. Thomson Reuters, (Navarra), pág.147; RUIZ DE CASTAÑEDA. A. y BERNAL BLAY M. A., abordan las líneas estratégicas de las nuevas directivas en el trabajo «La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.), BERNAL BLAY, M. A. (coord.), Civitas, Cizur Menor, págs. 23 a 42.; MEDINA ARNÁIZ, T., «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.) y BERNAL BLAY, M. A., (coord.), Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 43 a 104; MESTRE DELGADO, J. F., «Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 291, 2003, págs. 705 a 730; PERNAS GARCÍA, J. J., «El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales», en *Observatorio de políticas ambientales 2012*, coord. LÓPEZ RAMÓN, F., Civitas, Cizur Menor, 2012, págs. 299 a 323 y su monografía *Contratación Pública Verde*, La ley, Madrid, 2011; VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, R., «Proyecto de Directiva de concesiones», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 32, mayo-agosto 2012, págs. 55 a 65; GONZÁLEZ GARCÍA, J., «Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública», *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 56, 2015, págs. 13 a 42 y ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La Contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 162 a 182.

3. La presente iniciativa de reforma de la contratación pública se enmarca en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador [COM(2010) 2020], así como las iniciativas emblemáticas de Europa 2020 «Una Agenda Digital para Europa» [COM(2010) 245], «Unión por la innovación» [COM(2010) 546], «Una política industrial integrada para la era de la globalización» [COM(2010) 614], «Energía 2020» [COM(2010) 639] y «Una Europa que utilice eficazmente los recursos» [COM(2011) 21]. Aplica también el Acta del Mercado Único [COM (2011) 206], y en particular su duodécima medida clave: «Revisión y modernización del marco normativo de los contratos públicos».

4. De acuerdo con el Considerando 40 de la Directiva: «*El control del cumplimiento de dichas disposiciones legales en materia ambiental, social y laboral se realizará en las respectivas fases del procedimiento de adjudicación de la concesión, a saber, cuando se apliquen los principios generales aplicables a la elección de participantes y la adjudicación de contratos, al aplicar los criterios de exclusión*». Desde el punto de vista doctrinal, me remito a los trabajos de RAZQUIN LIZÁRRAGA, M.M. (2017) «Mecanismos para la inclusión de cláusulas ambientales en los contratos públicos», en *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, RAZQUIN LIZÁRRAGA, M.M. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2017, págs. 147 y ss; FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «Retos ambientales de las nuevas Directivas. La contratación pública como herramienta» en *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, RAZQUIN LIZÁRRAGA, M.M. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2017, págs. 114 y ss.

risprudencia comunitaria⁵, ya sea en la aplicación de los principios generales aplicables a la elección de participantes, en la adjudicación de contratos, en los supuestos de exclusión por no haber dado cumplimiento a las obligaciones medioambientales⁶, en la determinación de las ofertas anormalmente bajas, en la ejecución de contratos y en la exigencia que se garantice que los subcontratistas cumplan las obligaciones aplicables en los ámbitos del derecho medioambiental⁷.

En concreto, la Directiva prevé la necesidad que las especificaciones técnicas se formulen, entre otros, en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incluidas las características medioambientales (artículo 42.3 a). Igualmente reconoce la posibilidad que, cuando los poderes adjudicadores tengan la intención de adquirir obras, suministros o servicios con características específicas de tipo medioambiental, podrán exigir en las especificaciones técnicas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato, una etiqueta específica como medio de prueba de que las obras, servicios o suministros correspondan a las características exigidas siempre que cumplan todas las condiciones del artículo 43. En todo caso, los entes adjudicadores deberán aceptar que los operadores económicos prueben que cumplen con los requisitos técnicos a través de otros medios de prueba equivalentes. De acuerdo con esta regulación, se está aceptando el uso directo de las eco-etiquetas, superando la regulación anterior y facilitando de esta manera la elaboración de los pliegos a los poderes adjudicadores.

En la fase de selección, la Directiva contempla como acreditación de la solvencia técnica, determinados sistemas o medidas de gestión ambiental, cuyo cumplimiento debe ser certificado por el operador económico antes de admitirlo a la fase de adjudicación. Resulta novedosa la manera de probar el cumplimiento de las normas de aseguramiento de la calidad y normas de gestión medioambiental, pues el artículo 62 regula que, en los supuestos en los que los poderes adjudicadores exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el operador económico cumple determinados sistemas o normas de gestión medioambiental, harán referencia al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) de la

5. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea —TJUE— de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland*, Asunto C-513/99; de 4 de diciembre de 2003, *El/N AG and Wienstrom GmbH*, Asunto C-448/01; de 8 de julio de 2010, *Eurpaiki Dynamiki v EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY*, Asunto T-331/06; y de 10 de mayo de 2012, *Dutch Coffee*, Asunto C-368/10.

6. Tal y como establece el Considerando 101 al reconocer que: «Además, se debe dar a los poderes adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables, por ejemplo debido a que han incumplido las obligaciones medioambientales...».

7. El Considerando 105 resalta que: «Es importante que se garantice que los subcontratistas cumplan las obligaciones aplicables en los ámbitos del Derecho mediambiental, social y laboral, establecidas por el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional mediambiental, social y laboral enumeradas en la presente Directiva, siempre que dichas normas, y su aplicación, respeten el Derecho de la Unión, garantizándose mediante medidas apropiadas adoptadas por las autoridades nacionales competentes en el ámbito de sus funciones y competencias, como agencias de inspección del trabajo o de protección del medio ambiente».

Unión o a otros sistemas de gestión medioambiental reconocidos de conformidad con el artículo 45 del Reglamento (CE) núm. 1221/2009 o a otras normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales pertinentes de organismos acreditados. En todo caso, estarán obligados los poderes adjudicadores a reconocer los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en otros Estados miembros y a aceptar otras pruebas o medidas de gestión ambiental cuando el operador económico pueda demostrar que no tiene acceso a certificados de este tipo o no tiene posibilidad de obtenerlos dentro del plazo fijado por causas que no le sean atribuibles.

La Directiva prevé la posibilidad que los poderes adjudicadores adopten criterios de adjudicación⁸ (artículo 67) o condiciones de ejecución (artículo 70) teniendo en cuenta las consideraciones medioambientales como puede ser la entrega, el embalaje y la eliminación de productos y, en lo que se refiere a los contratos de obras y servicios, la minimización de los residuos⁹ y la eficiencia energética (Considerando 97).

En todo caso, el criterio de adjudicación relativo a la necesidad que el criterio esté vinculado¹⁰ al objeto del contrato se flexibiliza¹¹, de manera que no implica que el elemento objeto de la valoración se incorpore físicamente a la prestación. Así, el artículo 67.3 de la Directiva entiende que estos criterios estarán vinculados cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualesquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen: a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios; b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

Es importante el cambio conceptual¹² de la regla general para la adjudicación de los contratos relativa a la oferta económicamente más ventajosa (art. 67.1) ya que se contempla que este criterio general *«se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-*

8. MIRANZO DÍAZ J., «Los criterios de adjudicación ambientales en las Directivas de 2014» en *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, RAZQUIN LIZÁRRAGA, M.M. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2017, págs. 383 a 403.

9. ALENZA GARCÍA J.F., «Contratación y residuos», en *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, RAZQUIN LIZÁRRAGA, M.M. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2017, págs. 230 y ss.

10. De acuerdo con la Sentencia del STJUE de 10 de mayo de 2012, *Comisión c. Países Bajos*, As. C-368/10. En esta sentencia el TJUE analiza si la exigencia de las etiquetas ecológicas (EKO) y de una etiqueta relativa al comercio justo (MAX HAVELAAR) podían ser admisibles tanto como especificación técnica, como criterio de adjudicación y como requisito de capacidad técnica. En este caso, el TJUE entendió que una etiqueta relativa al comercio justo presenta una vinculación suficiente con el objeto del contrato controvertido. Y afirma en el fundamento jurídico 91 haciendo alusión a las conclusiones del Abogado General, que: *«...no es necesario que un criterio de adjudicación se refiera a una característica de un producto, es decir, a un elemento incorporado materialmente a éste»*.

11. GÁLLEGO CÓRCOLES, I., «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *Documentación administrativa. Nueva Época*. Núm. 4, 2017, pág. 100.

12. MIRANZO DÍAZ, J., «Hacia una Administración Pública sostenible: Novedades en la legislación europea de contratación pública», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 64, 9 de enero de 2017, pág. 24.

eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida» (art. 67.2), de esta manera, se podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterio que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales. En el contexto de la mejor relación calidad-precio, la Directiva incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación que incluyen aspectos medioambientales (Considerando 92). Por lo tanto, si bien se mantiene la posibilidad de adjudicar el contrato sobre la base del precio únicamente¹³, la novedosa introducción del coste de vida, en el concepto de oferta económicamente más ventajosa, permitirá a los poderes adjudicadores evaluar la mejor oferta teniendo en cuenta todas las fases del ciclo de vida de la obra, servicios o producto¹⁴ de acuerdo con las directrices del artículo 68 de la Directiva, por lo que se estaría permitiendo que se incluyan criterios cualitativos, atendiendo a la mejor relación calidad-precio. Ahora bien, de acuerdo con los considerandos¹⁵ de la Directiva, el legislador comunitario no está obligando a los poderes adjudicadores que siempre tengan en cuenta el coste del ciclo de vida, ya que es un criterio de carácter potestativo, únicamente se deberá observar en los supuestos en los que el precio no sea el único criterio de adjudicación.

Respecto a las condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, la Directiva prevé que deberán estar vinculadas al objeto del contrato (en el sentido del artículo 67.3 anteriormente analizado) y siempre que se indiquen en la

13. De acuerdo con el Considerando 93: «...En función del servicio o producto de que se trate, dichos factores incluirían, por ejemplo, condiciones de entrega y pago, aspectos de servicio posventa (alcance de los servicios de atención al cliente y de repuestos) o aspectos sociales o medioambientales (por ejemplo si los libros se imprimen en papel reciclado o papel de la actividad maderera sostenible, el coste se imputa a externalidades medioambientales o si se fomenta la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato). Dadas las numerosas posibilidades de evaluar la relación calidad-precio basadas en criterios sustantivos, es preciso evitar el recurso a la división en lotes como único medio de adjudicación del contrato».

14. Tal y como recoge el Considerando 96: «Entre estos costes figuran los costes internos, como la investigación que haya de llevarse a cabo, los costes de desarrollo, producción, transporte, uso, mantenimiento y eliminación al final de la vida útil, pero también pueden incluirse los costes atribuidos a factores medioambientales externos, como la contaminación causada por la extracción de las materias primas utilizadas en el producto o causada por el propio producto o por su fabricación, siempre que puedan cuantificarse en términos monetarios y ser objeto de seguimiento.»

15. Así, el Considerando 92 señala que: «Al evaluar la mejor relación calidad-precio, los poderes adjudicadores deberían determinar los criterios económicos y de calidad relacionados con el objeto del contrato que utilizarán a tal efecto. Estos criterios deben, pues, permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas. En el contexto de la mejor relación calidad-precio, la presente Directiva incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación que incluyen aspectos sociales y medioambientales. Se debe alentar a los poderes adjudicadores a elegir los criterios de adjudicación que les permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades». Y, el Considerando 96: «Por consiguiente, debe quedar claro que, salvo cuando se evalúe únicamente sobre la base del precio, los poderes adjudicadores pueden determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa y el coste más bajo mediante un planteamiento basado en el coste del ciclo de vida. La noción de coste del ciclo de vida incluye todos los costes a lo largo del ciclo de vida de las obras, suministros o servicios».

convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo (art. 70).

El artículo 69 de la Directiva prevé que, en caso que la oferta sea anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables contempladas el artículo 18.2, se deberá rechazar la oferta. Este artículo 18.2 de la Directiva, insiste en la necesidad que los Estados miembros y los poderes adjudicadores adopten las medidas pertinentes para velar, en la ejecución del contrato, por el cumplimiento de sus obligaciones en los ámbitos del derecho medioambiental, por la legislación nacional o por las disposiciones de Derecho internacional en materia ambiental enumeradas en el Anexo X¹⁶, de la Directiva (artículo 18.2). Al respecto, cabe indicar que esta regulación se prevé como principio de la contratación, por lo que deberá guiar todas las fases de la licitación.

A nivel interno, la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), introduce importantes previsiones de carácter medioambiental en todas las fases del procedimiento de licitación. Es significativo que la nueva ley haga referencia a la «Estrategia Europea 2020» en el preámbulo y fije como uno de los objetivos que inspiran la regulación contenida el de conseguir una mejor relación calidad-precio. También resulta de indudable relevancia que el artículo 1.3 establezca expresamente que los criterios medioambientales se incorporaran de manera transversal y preceptiva en la contratación pública:

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

Este planteamiento estratégico de la nueva regulación de la contratación pública va a suponer un punto de inflexión en el diseño de los contratos y licitaciones, en cuanto a la obligación de las entidades del sector público de velar por la incorporación de las consideraciones medioambientales, siempre que guarden relación con el objeto del contrato. En todo caso, los poderes adjudica-

16. En concreto, el Anexo X de la Directiva hace referencia, desde el punto de vista ambiental, al Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono y su Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, Convenio para el control de la eliminación y el transporte transfronterizo de residuos peligrosos (Convenio de Basilea), Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes (COP), Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional (PNUMA/FAO) (Convenio PIC), Rotterdam, 10 de septiembre de 1998, y sus tres Protocolos regionales.

dores deberán valorar la incorporación de consideraciones ambientales de acuerdo con el artículo 28 de la LCSP relativo a la necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación. Con esta finalidad, el artículo 35 de la LCSP relativo al contenido mínimo de los contratos obliga que, cuando se defina el objeto y tipo del contrato, se incluya, entre otras, las consideraciones ambientales. En esta misma dirección, el artículo 99 de la LCSP dispone que el objeto del contrato se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer *«sin cerrar su objeto a una solución única»*, en especial, en los contratos en los que esta incorporación técnica, social o ambiental mejore la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten.

En general, la nueva ley recoge muchas de las previsiones ambientales de la Directiva en las diferentes fases del procedimiento: acreditación de las normas de gestión ambiental, etiquetas de tipo ambiental, criterios medioambientales, previsión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de consideraciones ambientales como solvencia (artículos 88.1 d), 90.1 f) en relación con el 94 de la LCSP), criterios de adjudicación (artículo 127 de la LCSP), obligación de los órganos de contratación de adoptar las medidas pertinentes para garantizar que los contratistas cumplen con las obligaciones en materia medioambiental en la ejecución de los contratos (artículo 201 de la LCSP) y condiciones especiales de ejecución (artículo 202 de la LCSP).

En este sentido, se incluye como aspectos a valorar dentro del criterio de adjudicación relativo a la calidad: las características medioambientales, indicando que podrán referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero, al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que pueden verse afectados por la ejecución del contrato (art. 145.2.1º de la LCSP).

Se prevé que, en todo caso, dichos criterios deberán ser formulados de manera objetiva, con respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, que no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada, la necesidad que estén vinculados con el objeto del contrato y que sean evaluados en condiciones de competencia efectiva. El punto más importante, sin duda alguna, es la definición de lo que se deberá entender por *«estar vinculado al objeto del contrato»*, que se contempla en la línea de la Directiva, a saber, cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los procesos específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios y añade, la especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas (art. 145.6 a) de la LCSP) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material (art. 145.6 b) de la LCSP).

También cabe resaltar la previsión como prohibición de contratar de los supuestos recogidos en el artículo 71.1 a) de la LCSP relativos a los delitos contra el medioambiente y en el artículo 71.1 b) de la LCSP relativos a la comisión de infracciones muy graves en materia medioambiental, así como el rechazo automático de aquellas ofertas en las que se compruebe que son anormalmente bajas porque no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental nacional o internacional (art. 149.4 *in fine* de la LCSP).

Dentro de las prescripciones técnicas se establece que, en aquellos contratos en los que el objeto afecte o pueda afectar al medio ambiente, las prescripciones técnicas se definirán aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental de acuerdo con las definiciones y principios recogidos en los artículos 3 y 4 de la Ley 16/2002, de 1 de junio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación (artículo 126 de la LCSP).

Resulta también novedosa la previsión de la obligatoriedad del establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de, al menos, una de las condiciones especiales de ejecución que cita el apartado 2 del artículo 202 de la LCSP: bien de innovación, bien social o bien medioambiental; previsión más ambiciosa de la prevista en la Directiva asegurando la consecución de una de las políticas públicas antes citadas. En particular, se contempla que estas condiciones de ejecución se podrán referir, entre otras, las que persigan la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.

En definitiva, es clara la apuesta de la nueva LCSP de consolidar y garantizar el desarrollo sostenible mediante la exigencia de certificados y consideraciones medioambientales y la adopción de medidas medioambientales en la nueva LCSP.

En Cataluña, de acuerdo con el artículo 6 del Decreto ley 3/2011, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública, la oferta económicamente más ventajosa se deberá determinar sobre la base del precio o coste teniendo en cuenta la relación coste-eficacia de acuerdo con la totalidad de la proposición, mediante el cálculo del coste del ciclo de vida, si procede y que para este cálculo, se deberán valorar todas las fases necesarias para la ejecución del contrato, entre otros, los costes ambientales y energéticos.

Una vez dibujado el nuevo marco normativo determinado por las nuevas Directivas de cuarta generación, resulta de interés analizar la principal doctrina emitida por el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic respecto al tema ambiental en las licitaciones públicas que han sido objeto de recurso especial en materia de contratación. Al respecto, cabe destacar que, hasta el momento, ha entrado a analizar, principalmente, la inclusión de determinados requerimientos ambientales como criterio de adjudicación o como mejora, así como la necesidad del reconocimiento en los pliegos de los certificados equivalentes de garantía de

la calidad. Por ello, se puede afirmar que en Cataluña los recursos se han dirigido más a aspectos operativos y de conceptualización de los requisitos ambientales que a cuestiones de fondo, lo que refleja que el tema ambiental no presenta, hasta el momento, demasiada litigiosidad en las licitaciones públicas¹⁷ conocidas por este Tribunal. En líneas generales, se percibe, además, que ha sido en este último año cuando se ha incrementado la tendencia a impugnar por parte de los operadores económicos, el diseño y configuración de los requerimientos ambientales.

En primer lugar, cabe resaltar en este estudio la **Resolución núm. 90/2017**. En este asunto, la empresa recurrente impugnaba los pliegos de un acuerdo marco con único proveedor del suministro de material sanitario, alegando que los criterios de valoración técnica eran de obligado cumplimiento y que incluso algún criterio era propiamente solvencia. Para resolver la controversia, el Tribunal recuerda en la Resolución que la necesidad de la correcta previsión en los pliegos tanto de la capacidad y de la solvencia como de los criterios de adjudicación deriva de la existencia de dos fases diferenciadas en el procedimiento de licitación, sometidas cada una a unas reglas propias, de conformidad con los artículos 160.1 y 165.1 del Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), el artículo 56.1 de la Directiva y con la jurisprudencia comunitaria (entre otras, destaca la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea —TJUE— de 20 de septiembre de 1988, Asunto C-31/87). Así, se insiste que la finalidad de la primera fase, es comprobar la aptitud de los licitadores para asegurar que tienen capacidad y solvencia para ejecutar la prestación objeto del contrato (STJUE de 2 de diciembre de 1999, Asunto C-176/98 y STJUE 18 de octubre de 2012, Asunto C-218/11); mientras que en la segunda, se valora la proposición que haya presentado los licitadores admitidos y no las condiciones subjetivas de quien la presenta (STJUE de 18 de octubre de 2001, Asunto C-19/00 y STJUE de 27 de octubre de 2005, Asunto C-234/03).

Esta Resolución hace una remisión a la doctrina que previamente había emitido este Tribunal en otras ocasiones respecto al objeto de la fase de valoración de las proposiciones (Resolución núm. 10/2016), en el sentido que la valoración

17. A tal efecto, cabe destacar los informes y estudios realizados por la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya sobre el tema ambiental. En concreto, respecto a los certificados EMAS, en el Informe núm. 4/2003, de 29 de abril, de la Comisión permanente de la Junta relativo a la incorporación de criterios ambientales en la contratación administrativa, afirmó que solo pueden ser considerados como acreditativos de solvencia técnica de la empresa y recordaba que el contenido de los programas y sistemas de gestión ambiental diferencian de empresa a empresa y de entidad a entidad porque están hechos a medida. Igualmente, cabe destacar por su eminente interés práctico, las guías de grupos de trabajo de seguimiento de la ambientación en la contratación pública, emitidas por esta Junta y los acuerdos y códigos de buenas prácticas de la Comissió Central de Subministraments del Departament de la Vicepresidència i d'Economia i Hisenda de la Generalitat de Catalunya cuyo estudio sobrepasaría los límites de este trabajo. En todo caso, pueden consultarse dichos documentos en la página web de la Junta:

http://economia.gencat.cat/es/70_ambits_actuacio/contractacio_publica/junta_consultiva_de_contractacio_administrativa.

técnica posterior se debe adecuar a los parámetros definidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares y, atendiendo al carácter de estos parámetros, no podrán ser objeto de valoración aspectos referidos a la solvencia de los licitadores, a las prescripciones del Acuerdo Marco, ni a las condiciones de obligado cumplimiento (en el sentido ya fijado en la STJUE de 24 de enero de 2008, *Alexandroupolis*, Asunto C-532/06).

El Tribunal expone que resulta contrario a la doctrina y a la jurisprudencia el hecho que el pliego de cláusulas administrativas particulares valore como criterio de adjudicación la acreditación por las empresas licitadoras determinadas normas ISO que han de operar como criterio de acreditación de la solvencia en la fase de selección (en el mismo sentido Resoluciones núm. 385/2017, 476/2016, 628/2015, 255/2015, 906/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales —TACRC—).

La Resolución hace referencia al Informe 29/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en donde se señaló que los certificados de cumplimiento de normas de garantía de calidad y de gestión ambiental a los se refieren los artículos 80 y 81 del TRLCSP son medios de acreditar la solvencia técnica de las empresas, o su aptitud para ejecutar el contrato, razones por las cuales no pueden ser utilizados como criterio de valoración de las ofertas. Siguiendo esta línea doctrinal, la Resolución también trae a colación el Informe núm. 73/2004, de 15 de marzo, y el Informe núm. 50/2006, de 11 de diciembre, de la misma Junta, que señala que la certificación medio ambiental ISO 14000 ha de configurarse como un requisito de solvencia y no como un criterio a valorar.

Analizado lo anterior, la Resolución también enjuicia la alegación relativa al hecho de haber incluido como criterio de obligado cumplimiento la exigencia de la norma ISO 13485/9001 sin la posibilidad que se certificase la misma característica mediante un medio de prueba equivalente, alegando que suponía una restricción de la concurrencia. Al respecto, si bien el órgano de contratación estimó esta alegación, el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic recuerda que el artículo 80 del TRLCSP, debidamente cumplimentado de acuerdo con el artículo 62.1 de la Directiva, prevé que los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes emitidos por organismos establecidos en otros Estados miembros y aceptarán otras pruebas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios. Además, el artículo 81 del TRLCSP reconoce expresamente esta posibilidad respecto a la acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental.

En el mismo sentido, ya se había pronunciado el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la **Resolución núm. 6/2016** al afirmar que: «*Todo lo anteriormente expuesto lleva a este Tribunal a considerar que los órganos de contratación han de aceptar «otras pruebas de medios equivalentes» además de los certificados de cumplimiento de las normas ISO y la equivalencia ha de ser apreciada por el órgano de contratación»* de acuerdo con la doctrina de los tribunales y órganos resolutorios de recursos especiales en materia de contratación pública (entre otras las Resoluciones núm. 113/2014 y 65/2015 del TACRC).

Siguiendo esta doctrina, el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic ha tenido la oportunidad de pronunciarse de nuevo sobre la necesidad de la correcta previsión como solvencia de determinados certificados ambientales en la **Resolución 92/2017** y en la **Resolución 163/2017**. Es en esta última, dónde el Tribunal insiste en la necesidad que los órganos de contratación sean coherentes con los requisitos y criterios que establecen en los pliegos. En este supuesto, el recurso especial en materia de contratación se interpuso contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares de un contrato de servicios de mantenimiento y conservación de jardinería urbana de un municipio catalán de régimen ordinario o común. La empresa recurrente cuestionaba la procedencia de fijar como criterio de adjudicación *«la disposición de certificados de sistemas de gestión ambiental ISO 14001 y EMAS»*. Para dar respuesta a las cuestiones planteadas, el Tribunal partiendo de la redacción del artículo 81 del TRLCSP y del Considerando 88 y del artículo 62 de la Directiva, recuerda que en el marco de la discrecionalidad técnica que gozan los órganos de contratación de acuerdo con el artículo 22 del TRLCSP, en principio, pueden elegir libremente la exigencia que las empresas dispongan de sistemas de gestión ambiental que aporten un valor añadido a la ejecución del contrato, tal y como se desprende de la voluntad manifestada en el informe aportado al procedimiento del recurso. Ahora bien, a juicio de este Tribunal, se advertía en este supuesto una contradicción al afirmar el órgano de contratación que dichos sistemas no eran necesarios para prestar el servicio y, al mismo tiempo, al alegar que estos certificados o equivalentes aportaban un valor añadido a la prestación del servicio.

Por todo ello, el Tribunal estima el recurso y concluye que si el órgano de contratación considera que la prestación del servicio se verá realmente beneficiada si la empresa adjudicataria dispone de estos certificados o equivalentes, la Directiva y el TRLCSP le ofrecen la posibilidad de establecerlo así en el pliego de cláusulas administrativas particulares, pero no como criterio de valoración de las ofertas o criterio de adjudicación, sino como criterio de solvencia técnica o de admisión a la licitación, preservando precisamente los artículos 62.2 de la Directiva y 81.2 del TRLCSP, los principios de libertad de acceso y de concurrencia de las empresas interesadas en la licitación indicando que, en caso de no disponer las empresas de dichos certificados o equivalentes, o no tener la posibilidad de obtenerlos en el plazo fijado por causas que no les sean atribuible, el órgano de contratación ha de aceptar otras pruebas de medidas equivalentes de gestión medioambiental que presenten los empresarios, a condición que éstos demuestren que estas medidas son equivalentes a las exigidas de acuerdo con el sistema o norma de gestión medioambiental aplicable.

En el presente estudio, cabe también traer a colación la **Resolución núm. 81/2017** del Tribunal, en la que se analiza, entre otras cuestiones, el hecho que los certificados ambientales se habían previsto en los pliegos como mejoras. La empresa recurrente impugnaba la adjudicación de un contrato del servicio de limpieza, inspección y mantenimiento de la red de alcantarillado de un municipio catalán de régimen ordinario o común y manifestaba, entre otras alegaciones, y con carácter subsidiario, la incorrecta valoración de los criterios

de valoración de las proposiciones como mejoras de los planes ISO y planes de gestión y de calidad.

Al respecto, el Tribunal incide en el hecho que la previsión como mejora de estos planes ISO había constituido *lex inter partes* ya que había estado aceptada por todas las partes, por lo tanto, se debía asumir que era un criterio de valoración y que el órgano de contratación únicamente exigía la aportación de estas normas ISO u otras similares, sin que especificase en ningún momento que se había de explicar esta implantación. Finalmente, se señala que la interpretación de los pliegos y documentos que conforman la ley del contrato corresponde al órgano de contratación, y más cuando la redacción de los criterios controvertidos eran términos claros como sucedía en este asunto, sin que fuera procedente que las empresas licitadoras hiciesen su propia interpretación relativa a la necesidad que las empresas licitadoras expliquen cómo se aplicarán las normas ISO y planes de gestión y de calidad en el contrato. En todo caso, se recuerda que, de surgir dudas en la elaboración y preparación de las ofertas, las empresas licitadoras han de plantear estas cuestiones a los órganos de contratación de manera previa.

Otra de las cuestiones que han sido abordadas por el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la **Resolución 80/2015** es la relativa a la exigencia de los certificados ambientales a los contratos armonizados. En este supuesto, se impugnaban los pliegos de un contrato de servicios de recogida y transporte de residuos municipales de limpieza viaria y de limpieza y mantenimiento de la red de alcantarillado en un municipio catalán de régimen ordinario o común. La recurrente argumentaba que, de acuerdo con los artículos 62.1 y 64.2 del TRLCSP, cuando en una licitación se debe exigir clasificación empresarial, no es procedente requerir, además, otras exigencias de solvencia como los certificados que enumera ISO 9001, ISO 50001, ISO 14001, ISO 18001, ya que aquellos preceptos establecen que la clasificación empresarial es el requisito que sustituye al de solvencia en las licitaciones en las que resulte exigible.

Por su parte, el órgano de contratación defendía la legalidad de la exigencia del requisito de la clasificación empresarial y de los certificados acreditativos del cumplimiento de normas de garantía de la calidad y de gestión medioambiental previstos en los pliegos, por el hecho que en el contrato de servicios controvertido era exigible el requisito de clasificación empresarial y, al estar sujeto a regulación armonizada, los artículos 80 y 81 del TRLCSP habilitan expresamente para exigir estos tipos de certificados.

Al respecto, el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic puso de relieve que al contrato de servicios de referencia, al resultar un contrato sujeto a regulación armonizada, no solo era exigible el requisito de la clasificación empresarial como requisito de solvencia al tratarse de un contrato de servicios y atendiendo a valor (artículo 65 y Disposición Transitoria Cuarta del TRLCSP), cuestión no controvertida en este recurso, sino que el órgano de contratación, de acuerdo como los artículos 80 y 81 del TRLCSP, podía exigir la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acreditasen que

el empresario cumplía determinadas normas de garantía de la calidad y de gestión medioambiental como las que establecía el pliego.

Para la resolución de este supuesto, el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic exponía la doctrina relativa que estos certificados referidos a las normas ISO, OSHAS y EMAS han de estar justificados en el objeto del contrato (en este sentido, Resolución núm. 27/2011 del TACRC). Al respecto, el órgano de contratación informaba que previamente ya había facilitado la interpretación relativa que los certificados ISO 14001 o EMAS se podían presentar de forma alternativa y no acumulativa.

En la Resolución, el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic puntualiza que este supuesto presentaba diferencias sutiles con las planteadas por la misma asociación recurrente ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (Acuerdo núm. 54/2013) y el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (Resolución núm. 157/2013). En efecto, en aquellos supuestos se afirmaba que no eran compatibles las exigencias acumuladas de solvencia y clasificación, ya que esta última ya acredita la primera, pero en aquellos supuestos (en los cuales, no se cuestionaba la clasificación empresarial de forma acumulada con certificados acreditativos del cumplimiento de normas de calidad o gestión medioambiental como en el presente caso, sino juntamente con otros requisitos de solvencia diferente) se concluyó que no resultaba procedente el requisito de clasificación empresarial, sino el requisito de solvencia acreditada a través de medios alternativos, por el hecho de tratarse de contratos mixtos en los la prestación de más valor económico era la de subministro; una prestación, por tanto, para la que resultaba ajena la clasificación empresarial, que solo es legalmente exigible en determinados contratos de obras y servicios.

Dicho lo anterior, en el caso examinado en la Resolución, un contrato de servicios al que resulta exigible el requisito de la clasificación empresarial como requisito de solvencia de acuerdo con el pliego de cláusulas administrativas particulares, resulta igualmente ajustada a Derecho la exigencia del cumplimiento de normas de calidad y de gestión medioambiental vinculada con el objeto del contrato, de acuerdo con los artículos 80 y 81 del TRLCSP, por el hecho de tratarse, además, de un contrato sujeto a regulación armonizada.

Por todo ello, en este supuesto el Tribunal llegó a la conclusión que no concurría una vulneración de los artículos 62.1 y 64.2 del TRLCSP alegada por la recurrente, ni de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, así como la salvaguarda de la libre competencia, artículos 1 y 139 del TRLCSP, por lo que no prosperó el recurso.

Finalmente, siguiendo esta línea doctrinal, cabe destacar la reciente Resolución núm. 44/2018, por la que se resuelve un recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios para la dirección de un proyecto constructivo de mejora general. De nuevo, el Tribunal reitera que es contrario a la doctrina y a la jurisprudencia la valoración como criterio de adjudicación de la acreditación de estar en posesión

determinados certificados de normas ISO que han de operar como solvencia en la fase de selección.

De todo lo expuesto, cabe concluir valorando que, el actual marco normativo de los contratos del sector público contempla importantes medidas para la defensa y protección del medioambiente, que, sin duda alguna, va a suponer un gran avance para la consecución de una contratación más respetuosa con el medioambiente. En todo caso, sigue siendo necesario que los poderes adjudicadores incluyan de manera razonable, coherente, proporcionada y atendiendo a la finalidad concreta que pretenden preservar, los criterios, requisitos y consideraciones medioambientales en los pliegos e intensifiquen el efectivo control del cumplimiento de todas estas consideraciones y requisitos medioambientales en la ejecución de los contratos, en aras a la consecución de una mayor eficiencia en la contratación como política pública.

BIBLIOGRAFÍA

- ALENZA GARCÍA J.F., (2017) «Contratación y residuos», en *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, RAZQUIN LIZÁRRAGA, M.M. (dir.), Aranzadi, Navarra, págs. 209 a 240.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., (2017) «Retos ambientales de las nuevas Directivas. La contratación pública como herramienta» en *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, RAZQUIN LIZÁRRAGA, M.M. (dir.), Aranzadi, Navarra, págs. 77 a 127.
- GÁLLEGO CÓRCOLES, I., (2017) La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *Documentación administrativa. Nueva Época*. Núm. 4, págs. 92 a 113.
- GIMENO FELIÚ, J. M., (2006) La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una ley de contratos y propuestas de reforma, Thomson/Civitas, Madrid, págs. 15 a 21.
- (2010) «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9.
- (2013) «Compra pública estratégica», libro colectivo *Contratación pública estratégica*, PERNAS GARCÍA, J. J., (coord.), Civitas, Cizur Menor, págs. 45 a 80.
- (2014) *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia*, Aranzadi, Cizur Menor, Ed. Thomson Reuters, (Navarra), pág.147.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J., (2015) «Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública», *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 56, págs. 13 a 42.
- MEDINA ARNÁIZ, T., (2011) «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y BERNAL BLAY, M. A., (coord.), Civitas, Cizur Menor, págs. 43 a 104.

- MESTRE DELGADO, J. F., (2003) «Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 291, págs. 705 a 730.
- MIRANZO DÍAZ, J., (2017) «Hacia una Administración Pública sostenible: Novedades en la legislación europea de contratación pública», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 64, pág. 24 a 39.
- (2017) «Los criterios de adjudicación ambientales en las Directivas de 2014» en *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, RAZQUIN LIZÁRRAGA, M.M. (dir.), Aranzadi, Navarra, págs. 383 a 403.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., (2002) *La Contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, págs. 162 a 182.
- PERNAS GARCÍA, J. J., (2011) *Contratación Pública Verde*, La ley, Madrid.
- (2012) «El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales», en *Observatorio de políticas ambientales*, coord. LÓPEZ RAMÓN, F., Civitas, Cizur Menor, 2012, págs. 299 a 323.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. (2017) «Mecanismos para la inclusión de cláusulas ambientales en los contratos públicos» en *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, RAZQUIN LIZÁRRAGA, M.M. (dir.), Aranzadi, Navarra, pág. 147 a 178.
- RUIZ DE CASTAÑEDA. A. y BERNAL BLAY M. A., (2010) «La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.), BERNAL BLAY, M. A. (coord.), Civitas, Cizur Menor, págs. 23 a 42.
- VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, R., (2012) «Proyecto de Directiva de concesiones», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 32, mayo-agosto 2012, págs. 55 a 65.

Capítulo 11

DOCTRINA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL Y DE LA JUNTA DE ANDALUCIA DE RECURSOS CONTRACTUALES RESPECTO A LOS CRITERIOS MEDIOAMBIENTALES

María José Santiago Fernández

Presidenta del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía

La regulación del recurso especial en materia de contratación tiene su punto de partida en la aprobación de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras y la Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, que fueron las que regularon en un primer momento los procedimientos de recurso en materia de contratos adjudicados por los poderes adjudicadores.

Estas Directivas fueron sustancialmente modificadas por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, que es la actualmente en vigor en la materia del recurso especial.

La Ley de Contratos del Sector Público de 8 de noviembre de 2017, en cuyo capítulo V del Título I del Libro I, recoge el régimen jurídico del recurso especial en materia de contratación pública.

Se trata de un recurso potestativo, previo al contencioso administrativo, especial ya que sólo procede contra determinados actos y en relación a algunos contratos y exclusivo ya que contra los actos en que procede el recurso especial no cabe otro recurso en vía administrativa. En concreto son susceptibles de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación; los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación y los acuerdos de adjudicación.

Partiendo de ello, hemos de centrarnos en cuáles han sido las principales cuestiones que en relación a las cláusulas medioambientales han sido objeto de impugnación vía recurso especial antes los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales.

La mayoría de los recursos interpuestos en este aspecto han ido dirigidos contra los Pliegos de cláusulas administrativas particulares en relación a la incorporación a los mismos de la exigencia de un certificado de gestión medioambiental como requisito de solvencia pero también han sido recurridos criterios de adjudicación en los que se valoraban determinadas exigencias medioambientales.

I. CRITERIOS MEDIOAMBIENTALES COMO CRITERIOS DE SOLVENCIA TÉCNICA

En este sentido, el antiguo artículo 78.1.f) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre y el actual artículo 90.1.f de la Ley 9/2017 (LCSP/2017), en los mismos términos recoge entre los medios para acreditar la solvencia técnica que se podrán incluir *«las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato»*.

Y en concreto, respecto a las normas de gestión medioambiental, el artículo 81 del TRLCSP y actual artículo 94 de la LCSP/2017 establece que *«1. En los contratos sujetos a una regulación armonizada, los órganos de contratación podrán exigir la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de gestión medioambiental. Con tal finalidad se podrán remitir al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) o a otros sistemas de gestión medioambiental reconocidos de conformidad con el artículo 45 del Reglamento (CE) n.º 1221/2009, de 25 de noviembre de 2009, o a las normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales pertinentes de organismos acreditados*

2. Los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de gestión medioambiental que presenten los empresarios.»

Pues bien, en las resoluciones de los recursos interpuestos en relación a la exigencia en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de certificados de gestión medioambiental como requisitos de solvencia, han sido tres los as-

pectos tratados en las citadas resoluciones: uno, el que los citados criterios de solvencia guarden relación con el objeto del contrato; otro, el que tales certificados se valoren como criterios de solvencia pero no como criterios de adjudicación y otro, respecto a la necesidad de concretar los criterios de solvencia exigibles en los pliegos.

1. Necesidad de que los criterios guarden relación con el objeto del contrato

Unos de los motivos frecuentes de impugnación es la exigencia en los pliegos a los licitadores como requisito de solvencia, el que acrediten la adopción de medidas de gestión ambiental y en relación a ello han sido varias las resoluciones de los tribunales administrativos de contratos insistiendo en la necesidad de que tal exigencia solo es posible si las mismas guardan relación con el objeto del contrato.

Así el artículo 74.2 de la LCSP/2017 señala que *«Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo»*.

En este sentido la Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en su artículo 58 reitera la exigencia de que los criterios de selección de los licitadores *«deberán estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionados con respecto a él»*.

Así, en la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC en adelante) 032/2011, de 16 febrero el Tribunal analizó un recurso interpuesto contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la contratación de servicios para realizar los trabajos de consultoría y asistencia técnica al proceso de expropiaciones de bienes y derechos afectados por las obras de ampliación y mejora del sistema de abastecimiento de la Mancomunidad de Aguas de Muela.

El recurrente impugnó el pliego de cláusulas particulares que rige el contrato de servicios antes citado, por entender que debe eliminarse la exigencia en el mismo de la acreditación del cumplimiento de normas de gestión medioambiental, por considerar que es innecesario y excluyente, además de vulnerar los principios de equidad e igualdad de acceso a estos procedimientos.

Frente a ello, el poder adjudicador en su informe señala que exigir a los licitadores el cumplimiento de normas de gestión medioambiental es perfectamente conforme con la Ley de Contratos del Sector Público, de acuerdo con lo establecido en su artículo 70, el cual no pone ningún límite al órgano de contratación a la hora de exigir este requisito salvo el de que se haga en los procedimientos relativos a contratos sujetos a regulación armonizada. Además, añade el órgano de contratación en su informe que, la necesidad de que los licitadores

acrediten el cumplimiento de dichas normas se ajusta también a lo establecido en la Orden del Ministerio de Medio Ambiente de 10 de julio de 2007 sobre requisitos y criterios medioambientales a introducir en los pliegos de cláusulas administrativas que rijan en los contratos del Ministerio de Medio Ambiente y los Organismos Públicos de él dependientes.

Conforme se desprende de la presente Resolución, la exigencia de requisitos relacionados con la acreditación de normas de gestión ambiental ha de respetar entre otros los principios de objetividad y proporcionalidad y, así, el Tribunal estima la objeción planteada argumentando que *«no basta que se trate de un contrato sujeto a regulación armonizada para que se pueda exigir en el pliego la acreditación de normas de gestión medioambiental, sino que es requisito imprescindible que dicha exigencia sea acorde al objeto del contrato, ya que si atendiendo al mismo resulta que requerir dicha acreditación es desproporcionada o innecesaria, ello afecta claramente al principio de concurrencia empresarial y constituye por tanto una causa de nulidad de la cláusula del pliego que contenga esa exigencia. Así, la propia Orden del Ministerio de Medio Ambiente de 10 de julio de 2007, a la que alude el órgano de contratación en su informe, permite en su apartado segundo exigir a los licitadores en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, como criterio de solvencia técnica o profesional, el cumplimiento de normas de gestión medioambiental, pero atendiendo a la naturaleza del contrato. En este mismo sentido, la Directiva Comunitaria 2004/18/CE, en su apartado 2 del artículo 48 establece que «Las capacidades técnicas de los operadores económicos podrán acreditarse por uno o más de los medios siguientes, según la naturaleza, cantidad o envergadura y la utilización de las obras, de los suministros o de los servicios; f) para los contratos públicos de obras y de servicios indicando, únicamente en los casos adecuados, las medidas de gestión medioambiental que el operador económico podrá aplicar al ejecutar el contrato».*

Concluye el Tribunal que en el supuesto concreto, y atendiendo al objeto del contrato —trabajos de consultoría y asistencia técnica al proceso de expropiaciones de los bienes y derechos afectados por las obras de ampliación y mejora del sistema de abastecimiento de la Mancomunidad de Aguas de Muela— es totalmente innecesario que las empresas licitadoras deban disponer de normas de gestión medioambiental. Su exigencia supone, por tanto, una discriminación de unas empresas frente a otras, lo cual afecta claramente al principio de concurrencia consagrado en la contratación pública.

Por su parte, la Resolución del TACRC, de 11 de octubre de 2012, Rec. 209/2012, se pronuncia sobre un recurso interpuesto contra el pliego de cláusulas administrativas que rige la contratación del servicio de limpieza en dependencias de la Comunidad de Madrid.

El recurrente impugna determinadas cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares por entender que la exigencia de que las empresas acrediten, como requisito de solvencia para poder participar en la licitación, estar en posesión de sendos certificados de calidad ISO 9001 e ISO 14001 (o normas equivalentes), no está vinculada ni es proporcional al objeto del contrato y obstaculiza la libre competencia; alega que la limpieza de unas oficinas, que es el

objeto del contrato impugnado, no requiere una gestión ambiental significativa, admitiendo que es razonable que los productos de limpieza que se utilicen sean respetuosos con el medio ambiente, como se pide en el pliego, pero considera que es completamente irrazonable que se requiera una certificación que acredite el cumplimiento de las normas ISO 14001.

De contrario, el órgano de contratación manifiesta en su informe que la exigencia de acreditación de cumplimiento de la Norma ISO 9001 y la 14001 no hace otra cosa que recoger lo indicado en el artículo 78 b) y f) del TRLCSP, entendiendo que resulta claramente del expediente de contratación la vinculación al objeto del contrato, así como su proporcionalidad y respeto a la libre competencia, y cita al respecto el informe 38-2/11, de 7 de julio de 2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado sobre el «Código de buenas prácticas ambientales, para la contratación de los servicios de limpieza de edificios para el desarrollo del Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado».

El Tribunal trae a colación lo indicado en la anteriormente analizada Resolución de 16 de febrero de 2011 y el artículo 48 de la Directiva 2004/18, que permite la exigencia de los certificados ISO 9001 y 14001 «únicamente en los casos adecuados», y así considera que aunque estuviera justificado, el órgano de contratación está obligado a admitir medios de prueba alternativos a los certificados ahora impugnados para garantizar la calidad y la gestión medioambiental de las empresas licitadoras, y concluye que en el caso que nos ocupa la situación es algo distinta a la existente en la citada Resolución, precisamente por ser diferente el objeto del contrato licitado, considerando que en el supuesto sometido a examen sí es posible exigir requisitos relacionados con la gestión de la calidad ambiental, señalando que: *«se trata del contrato de un servicio de limpieza de edificios, que, tal como se expone en el apartado primero del Código de buenas prácticas antes mencionado, es uno de los grupos para los que se han elaborado cláusulas técnico-ambientales de forma más temprana, así como desarrollado certificaciones y eco-etiquetas para los productos de limpieza o para materiales higiénicos. Y se trata además de un contrato sujeto a regulación armonizada, por lo que, conforme a lo dispuesto en los artículos 80 y 81 del TRLCSP, entiende el Tribunal que el órgano de contratación puede incluir en sus cláusulas requisitos que acrediten que las empresas aplican medidas de «buenas prácticas» de calidad y medioambientales, pero siempre respetando las exigencias legales al respecto, y aceptando por tanto cualquiera de los medios que presenten los licitadores para acreditar el cumplimiento de aquellas medidas. Y ello, con independencia además, de las condiciones ya contempladas en el pliego de prescripciones técnicas que se refieren a que los productos de limpieza que propongan utilizar los licitadores para la ejecución del servicio, deban ir acompañados de la correspondiente ficha técnica de seguridad y ser absolutamente respetuosos con el medioambiente».*

El Tribunal estima el motivo de impugnación, anulando las cláusulas recurridas del pliego, que deberán redactarse de nuevo para aceptar, no sólo certificados equivalentes a los ISO 9001 y 14001, sino también otros medios que justifiquen la aplicación de buenas prácticas de calidad medioambientales.

En la resolución 50/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía de 10 marzo de 2016 (TARCJA en adelante) en la que se resolvía un recurso contra los pliegos referidos a la contratación de centros de teletrabajo para cita previa de Centros de Salud en colaboración con Salud Responde y en los que se exigía disponer de un sistema de gestión medioambiental de acuerdo a la norma ISO-14001. El recurrente alegaba que tal exigencia no guarda relación con el objeto del contrato toda vez que el cumplimiento de normas medioambientales no es una exigencia del mismo y por tanto es contraria a la normativa vigente, por lo que solicita su anulación.

En dicha resolución el TARCJA analizó las prestaciones objeto del contrato y la descripción de los trabajos, concluyendo que se tratan de prestaciones de carácter técnico relacionadas con la atención telefónica y con la gestión administrativa que de ello se derive, para las cuales no se entiende la necesidad de exigir la acreditación de normas de gestión medioambiental. Su exigencia supone, por tanto, una discriminación de unas empresas frente a otras, con clara vulneración del principio de concurrencia consagrado en la normativa sobre contratación pública, por lo que fue estimado el recurso en cuestión.

En la Resolución 74/2013 del TARCJA de 10 de junio de 2013, se cuestiona la exigencia, en el Anexo I del PCAP, del certificado de calidad ISO 9001 por vulnerar el principio de concurrencia, cuando la solvencia técnica que ha de acreditar el licitador ya supone el reconocimiento de su aptitud y se trae a colación la necesidad de que los requisitos mínimos de solvencia que ha de reunir el empresario a juicio del órgano de contratación deben estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo, y ello con el objetivo de garantizar el libre acceso de las empresas a la licitación pública, la igualdad de trato y la máxima concurrencia.

En este sentido la Resolución 223/2012, de 11 de octubre de 2012, del TACRC viene a pronunciarse sobre esta cuestión, invocando resoluciones anteriores del propio Tribunal como la Resolución 32/2011 donde se afirmaba que *«(...) no basta que se trate de un contrato sujeto a regulación armonizada para que se pueda exigir en el pliego la acreditación de normas de gestión medioambiental, sino que es requisito imprescindible que dicha exigencia sea acorde al objeto del contrato, ya que si atendiendo al mismo resulta que requerir dicha acreditación es desproporcionada o innecesaria, ello afecta claramente al principio de concurrencia empresarial y constituye por tanto una causa de nulidad de la cláusula del pliego que contenga esa exigencia (...)»*

2. Los certificados medioambientales son exigibles como requisito de solvencia pero no criterio de adjudicación

En la Resolución 330/2015, de 15 de septiembre, del TARCJA se abordó la cuestión de si es posible, como alega la recurrente, el que la exigencia de cumplir o aportar determinados certificados de calidad y/o de gestión ambiental ha de ser tenida en cuenta para valorar los criterios de adjudicación evaluables mediante

juicio de valor o mediante la aplicación de fórmulas. Esta cuestión fue también abordada por este mismo Tribunal en la Resolución 105/2015, de 17 de marzo.

Al respecto se indicó que la posibilidad de exigir la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de garantía de calidad o de gestión medioambiental, se regula en los artículos 80 y 81 del TRLCSP, ubicados dentro del citado Texto Refundido en el Libro I, Título II, Cap. II, Sección II, Subsección 3 Solvencia (arts. 74 a 82). En esta materia relativa a las normas o certificados de calidad y de gestión medioambiental, es preciso traer a colación la Resolución nº 113/2014, del TACRC que señala al respecto que *«Es obvio que, el Certificado del Sistema de Gestión de Calidad según la Norma ISO 9001 que se exige como requisito mínimo para participar en la licitación, es expresivo de la solvencia técnica y profesional de los licitadores. Y la empresa contratante está en su derecho de exigir la posesión de ese certificado a los futuros licitadores, como manifestación de esa solvencia técnica (art. 78 del TRLCSP) (...)»*.

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 73/2004, de 15 de marzo, establece que *«en cuanto a la cuestión de fondo suscitada —la posibilidad de establecer baremos favorables, es decir utilizar como criterio de adjudicación el estar en posesión de la certificación medioambiental ISO 14000— hay que dar una respuesta negativa dado que la posesión de la certificación no es un criterio que pueda ser valorado, conforme al artículo 86 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, por el contrario debe considerarse un requisito de solvencia al que los órganos de contratación pueden acudir de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17, 18 y 19 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, singularmente artículo 18 letras e) y f) y artículo 19 letras f) y g).*

La cuestión es expresamente abordada por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios que distinguiendo, como hacían las Directivas anteriores, la fase de selección de contratistas y la fase de adjudicación del contrato, incluye en la primera, no en la segunda, como uno de los medios para acreditar la capacidad técnica y profesional para los contratos públicos de obras y de servicios indicando, únicamente en los casos adecuados, las medidas de gestión medioambiental que el operador económico podrá aplicar al ejecutar el contrato (artículo 48.2 letra f) enumerando el artículo 50 en este supuesto qué certificados podrán exigir los poderes adjudicadores.

Es cierto que el artículo 80 de la citada Directiva concede a los Estados miembros el plazo que expira el 31 de enero de 2006 para la transposición de la Directiva, pero la circunstancia de que el artículo 83 fije su entrada en vigor el 30 de abril de 2004, unido al posible efecto directo, determina el enorme valor interpretativo de sus disposiciones y permite sostener, en el presente caso, que, conforme a la legislación española y a las Directivas comunitarias, el estar en posesión de la certificación medioambiental ISO 14000 debe configurarse como requisito de solvencia exigible a todos los licitadores y no como criterio de adju-

dicación que pueda valorarse favorablemente en relación con determinadas propuestas en las que concurra».

La misma Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 50/2006, de 11 de diciembre, manifiesta que *«la tercera y última cuestión suscitada —la de si cabe utilizar como criterio de adjudicación el que las empresas estén en posesión de certificados de aseguramiento de la calidad o si siempre en todos los tipos de contratos opera como criterio de selección, esto, es requisito de solvencia técnica o profesional— debe ser resuelta de conformidad con los criterios de esta Junta que, a modo de resumen se exponen en nuestro reciente informe de 30 de octubre de 2006 (expediente 42/06).*

En definitiva, descartado que los certificados de aseguramiento de la calidad puedan utilizarse como criterios de adjudicación, su posible admisión como requisitos de solvencia técnica deriva de los artículos 18 e) y 19 f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y viene confirmada por el artículo 48 letra j) ii) de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que se encuentra en vigor, aunque todavía no se haya transpuesto a la legislación española».

De lo anterior resulta claro la posibilidad de exigir como requisito de solvencia técnica, nunca como criterio de adjudicación (que es lo que pretende la recurrente), los certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de garantía de la calidad y/o de gestión medioambiental.

En consecuencia, en base a todas las consideraciones anteriores, procede la desestimación del primer y principal alegato de la recurrente.

En TACRC en el Recurso nº 371/2017 C. Valenciana 67/2017 Resolución nº 523/2017 vuelve abordar esta cuestión.

En el citado recurso se cuestionaba que la cláusula 14.1.3 del PCAP que establece que:

«14- CRITERIOS PARA LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

Los criterios que servirán de base para la adjudicación del contrato por orden decreciente de importancia serán los siguientes; se otorgarán hasta 100 PUNTOS en función de las propuestas presentadas o mejoras ofrecidas, modulando la puntuación como sigue:

14.1- CRITERIOS VALORABLES MEDIANTE EL EMPLEO DE MEDIOS OBJETIVOS:

La valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa para la adjudicación del contrato, se realizará tomando como base los siguientes criterios: (...)

3.- Calidad ambiental y certificaciones, hasta 5 puntos. Obtendrán esta puntuación las empresas que aporten y justifiquen: Sistemas de gestión medioambiental (ISO 14001) en virtud de un Reglamento CE (EMAS38), o equivalentes. Calidad ambiental (Norma ISO 14001, o equivalentes. Gestión de la Calidad: ISO 9001 o equivalentes. Gestión de Prevención de Riesgos Laborales: OSHA 18001 o equivalentes.

- Los que incluyan y justifiquen 3 o más certificados, se les otorgarán 5 puntos.
- Los que incluyan y justifiquen 2 certificados, se les otorgarán 3 puntos.
- Los que incluyan y justifiquen 1 certificado, se les otorgará 1 punto.

A la vista de la citada cláusula, la recurrente entiende que si bien existe la posibilidad por parte del órgano de contratación de exigir en los contratos sujetos a regulación armonizada, la presentación de certificados que acrediten el cumplimiento de las normas de garantía de la calidad y de gestión medioambiental, éstos han de configurarse como requisitos de solvencia técnica para este tipo de contratos y nunca pueden constituir criterios de valoración

Por lo tanto, afirma la actora, «el pliego al incluir como criterio de valoración los certificados de cumplimiento de las normas de calidad, medio ambiental y de gestión de la prevención de riesgos, incurre en causa de nulidad».

Por su parte, el órgano de contratación se opone a la alegación de la actora manifestando que existe una consolidada jurisprudencia que avala la inclusión de la calidad como criterio de adjudicación en un procedimiento de licitación, de modo que a mayor calidad ambiental mayor es la puntuación obtenida en el criterio correspondiente. Y concluye que la valoración de la mayor calidad puede ser un criterio de adjudicación, ya que resulta evidente que cuanto mayor calidad se oferte más puntuación debe corresponder.

El TACRC concluye que: «Expuestos en estos términos el debate planteado, debe recordarse que este Tribunal ha elaborado una ya consolidada doctrina sobre la improcedencia de configurar los certificados de calidad como criterio de adjudicación de los contratos.

Así, en la Resolución 628/2015 se ha dicho sobre este particular: «Siguiendo en este punto las Resoluciones 255/2015, de 23 de marzo, y 906/2014, de 12 de diciembre, «el Tribunal ha reiterado (cfr.: Resoluciones 143/2012, 223/2012, 461/2013, 113/2014, 129/2014 y 782/2014), en consonancia con el parecer de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 29/2010), que los certificados de cumplimiento de normas de garantía de calidad y de gestión ambiental a los que se refieren los artículos 80 y 81 TRLCSP son modos de acreditar la solvencia técnica de las empresas, o, si se prefiere, su aptitud para ejecutar el contrato, con lo que, por ser tales, no pueden ser empleados como criterio de valoración de las ofertas (cfr.: Sentencias TJCE de 19 de junio de 2003 —asunto C-315/01—, 24 de enero de 2008 —asunto C-532/06— y 12 de noviembre de 2009 —asunto C-199/07—; sentencia TJUE de 9 de octubre de 2014 —asunto C-641/13—; Resoluciones de este Tribunal 187/2012, 220/2012, 290/2012, 189/2014 y 295/2014)

Ello es consecuencia de la existencia de dos fases diferenciadas en el procedimiento de licitación, cada una sometida a reglas propias (cfr.: artículos 160.1 y 165.1 TRLCSP y 44.1 Directiva 2004/18/CE; Sentencias TJCE de 20 de septiembre de 1988 —asunto C-31/87; Resoluciones de este Tribunal 187/2012 y 220/2012): en la primera, se trata de comprobar la aptitud de los licitadores para asegurar que éstos pueden ejecutar la prestación objeto de contrato (Sentencias TJCE de 2 de

diciembre de 1999 —asunto C-176/98— y TJUE de 18 de octubre de 2012 —asunto C-218/11); en la segunda, lo único relevante es la oferta que los admitidos presentan, no las condiciones subjetivas de quien la presenta y que no guarden relación con la prestación objeto del contrato (cfr: Sentencias TJCE de 18 de octubre de 2001 —asunto C-19/00—, de 27 de octubre de 2005 —asunto C-234/03; Resoluciones de este Tribunal 264/2012 y 189/2014). Sólo cabe atender a estos extremos subjetivos de la empresa cuando puedan redundar en mejor provecho de la oferta, tal y como sucede, por ejemplo, con una mayor adscripción de medios personales o materiales a la ejecución del contrato que los reputados imprescindibles (cfr.: Resoluciones de este Tribunal 264/2012, 514/2013, 644/2013, 10/2014 y 198/2014). En este mismo sentido, la Sentencia del TJCE de 28 de marzo de 1995 (asunto C-324/93) admitió la posibilidad de emplear como criterio de adjudicación la capacidad de las empresas para asegurar de manera fiable y constante el abastecimiento de un determinado estupefaciente (...).

En la medida de que el PCAP valora como criterio de adjudicación la acreditación por las empresas licitadoras de determinadas normas ISO, las cuales, conforme a lo indicado, han de operar como criterio de acreditación de la solvencia en la fase previa de selección, se ha de concluir que el Pliego resulta en este punto contrario a la doctrina y a la jurisprudencia expuestas. » Debe, en consecuencia, estimarse el recurso, acordando la anulación, con arreglo a lo expuesto en el apartado 3 de la cláusula 14.1 del PCAP.

En el Recurso nº 459/2017 C. Valenciana 77/2017 Resolución nº 579/2017 del TACRC se vuelve a reiterar el mismo criterio.

El recurso se fundamenta en la infracción del artículo 150.1 del TRLCSP dado que las cláusulas 21.2.5 del PPT y 10 y 12 PCAP, prevén como criterios de adjudicación la disposición de determinados certificados de calidad. Concretamente se imputa esta infracción a la cláusula 21.2.5 PPT redactada en los siguientes términos: «Cláusula 21.2.5. Hasta 5 puntos: Calidad del Servicio. Máximo 5 páginas Para su valoración la empresa deberá aportar un certificado emitido por empresa acreditada (sello AENOR), en vigor, para los servicios recogidos en el presente pliego (mantenimiento de zonas verdes, tratamientos fitosanitarios, plantaciones, podas, limpieza...). 1. Sistema de Gestión de Calidad ISO 9001 (1 punto)

2. Sistema de Gestión Ambiental ISO 14001(1 punto)

3. CO₂ verificado y registro huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de CO₂ del Ministerio de agricultura, alimentación y Medio Ambiente (1 punto)

4. Sistema de Gestión Seguridad y Salud en el Trabajo OHSAS 18001 (1 punto)

5. Sistema de gestión de 11-D+i(1 punto)» Las cláusulas 10 y 12 del PCAP, al describir el contenido del sobre C, se refieren a la cláusula 21.2.5 del PPT.»

Entiende la empresa recurrente que con la exigencia de estos certificados se establece como un criterio de adjudicación lo que son cualidades propias de las empresas licitadoras y no de las ofertas en sí, en contra de lo previsto en el artículo 150.1 del TRLCSP, lo que está vedado según reiterada doctrina y jurisprudencia, citando a tal efectos la Resolución 189/2014, de 7 de marzo de este

Tribunal, que comprende la recopilación de la doctrina sobre esta cuestión. La empresa recurrente solicita la declaración de nulidad completa de los pliegos.

Este Tribunal entiende que el recurso debe ser estimado. En efecto, además, en la reciente Resolución 385/2017, de 28 de abril, se analizó una cuestión similar, que formula la consolidada doctrina de este Tribunal acerca de la improcedencia de configurar los certificados de calidad como criterio de adjudicación de los contratos.

El TACRC en el Recurso nº 1212/2017 C.A. Galicia 143/2017 Resolución nº 22/2018, se refiere justo al supuesto contrario en el que la pretensión se basa en que se establecen en el pliego como criterios de adjudicación lo que debería ser criterio de solvencia y el Tribunal estima que son válidos criterios de adjudicación.

El segundo grupo de argumentos se refiere a la alegada incorrecta valoración del criterio de carácter objetivo, relativos al medio ambiente. Se afirma por la empresa recurrente que «así mismo en relación con el criterio de valoración Medio ambiente se establecen subcriterios que deberían formar parte de la solvencia ya que se refieren a certificaciones de sistemas de gestión ambiental (EMAS o ISO 140001) referidas a las empresas que fabrican el producto, ya sean licitadoras o proveedoras de las empresas licitadoras. Ello obliga a que las empresas para obtener la puntuación de los citados subcriterios referidos al Medio Ambiente también hagan constar le empresa proveedora del producto y le existencia de los certificados ambientales.»

Estos criterios medioambientales figuran en la página 11 de la carátula y se puntúan hasta 5 puntos. Se refieren a cada producto y se valoran cuatro criterios como, por ejemplo, tratarse de «un producto biodegradable o fabricado en su totalidad con materias primas biodegradables» (IV) o (III) «materia prima obtenida de forma sostenible: disponibilidad de una certificación de gestión sostenible de la materia prima por el fabricante del producto». En estos casos se citan una serie de certificados expedidos por entidades especializadas.

Pues bien, sin perjuicio de que este alegado vicio debería haberse hecho valer a la hora de tener conocimiento del pliego y no cuando se produce la adjudicación, la inclusión de este criterio en el pliego en la fase de valoración de la oferta es correcta. Como se afirma en el informe del órgano de contratación y en las alegaciones de la empresa adjudicataria, la acreditación de estos requisitos no se corresponde en modo alguno con la solvencia técnica de las empresas que pueden licitar al contrato, sino en relación con los productos que ofrecen. Lo que se hace en el pliego es valorar la vertiente medioambiental de los productos demandados y no la solvencia de las empresas para desarrollar las prestaciones del contrato. Por ello, este motivo debe ser también desestimado.

3. Necesidad de concretar los criterios de solvencia

Otro de los aspectos que se ha reiterado por estos Tribunales es la necesidad de que se concreten en los pliegos los criterios de solvencia y en relación a los aspectos medioambientales las Resoluciones del TACRC 125 y 126/2012 de 4 de

julio de 2012, donde se mantiene que cuando se exijan requisitos relativos a la gestión medioambiental, debe definirse el nivel mínimo de solvencia.

En este sentido, argumenta el Tribunal que *«en cuanto a los medios para acreditar el cumplimiento de las normas y requisitos de gestión de calidad y medioambiental, los artículos 80 y 81 del TRLCSP, que recogen las previsiones contenidas en los artículos 49 y 50 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo (LA LEY 4245/2004), se refieren a la presentación de certificados al objeto de acreditar que el operador económico cumple determinadas normas de garantía de calidad, admitiéndose certificados equivalentes y otras pruebas de medida equivalentes.*

De acuerdo con ello, entiende este Tribunal que efectivamente no sólo mediante certificados concretos puede acreditarse la calidad o la gestión medioambiental, sino que también resultan admisibles exigir determinadas normas o sistemas de calidad o gestión medioambiental, dentro de los límites expuestos en el párrafo anterior. Ahora bien, las consideraciones anteriores no eximen al órgano de contratación de la obligación de concretar qué certificados o qué sistemas o normas concretas de calidad o gestión medioambiental se exigen a los licitadores, así como el instrumento concreto exigido de acreditación, esto es, definir el nivel mínimo de solvencia, en este caso referida a las normas de calidad y de gestión medioambiental, que se considera necesario para la futura ejecución del contrato».

En la Resolución del TACRC 65/2015, de 20 de enero de 2015 que resuelve el recurso de la Asociación Nacional de Empresarios de Transportes en Autocarres (ANETRA), contra la resolución de convocatoria y aprobación del pliego de condiciones para la licitación del contrato para la «Gestión del servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Badajoz y Sevilla», lo que el Tribunal reitera en dicha resolución es la necesidad de que los pliegos indiquen que se admiten los certificados de gestión medioambiental pero además deberá hacerse constar en los mismos que también se admiten otros equivalentes y así lo expresa: *«En esta materia relativa a las normas o certificados de calidad podemos entender como sentada una doctrina por este Tribunal recogida en la resolución que a continuación transcribimos y ratificada en otras posteriores. Así, la Resolución nº 113/2014, señala al respecto que «Es obvio que, el Certificado del Sistema de Gestión de Calidad según la Norma ISO 9001 que se exige como requisito mínimo para participar en la licitación, es expresivo de la solvencia técnica y profesional de los licitadores. Y la empresa contratante está en su derecho de exigir la posesión de ese certificado a los futuros licitadores, como manifestación de esa solvencia técnica (art. 78 del TRLCSP). Ahora bien, en el caso que exija a los licitadores para participar en el concurso ese certificado, debe permitir acreditar esa solvencia, además de por el certificado aquí exigido, por otros certificados y otros medios de prueba que los licitadores puedan aportar para justificar su solvencia técnica, tal y como se contempla en el artículo 80 del TRLCSP. Lo que no debe ni puede hacer la empresa contratante, es exigir como requisito «sine qua non», la posesión del Certificado del Sistema de Gestión de Calidad según la Norma ISO 9001, para poder participar*

en la licitación, pues a esa conclusión se llega a la vista que, la posesión y presentación del Certificado, se exige como mínimo, luego si no se presentara por un licitador, quedaría automáticamente excluido del procedimiento de licitación. La conclusión a la que llega este Tribunal, resulta igualmente concorde con varios pronunciamientos de este Tribunal. Entre otros, Resolución 140/2011: «Deben ser reconocidos todos los certificados de calidad expedidos conforme a las normas europeas, aceptando incluso otras pruebas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios.» Resolución 238/2011: «Deben admitirse tanto los certificados de calidad expedidos por organismos españoles como por los organismos equivalentes de cualquier Estado de la Unión Europea.» Resolución 254/2011: «Nulidad del pliego que exige un determinado certificado de calidad y no admite otros certificados equivalentes de calidad presentados por los empresarios». Y finalmente, en Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 50/2006, de 11 de diciembre: «Los certificados de aseguramiento de la calidad no pueden utilizarse como criterios de adjudicación, pero pueden exigirse como requisito de solvencia técnica.» A la vista de la doctrina sostenida en anteriores pronunciamientos de este Tribunal, hay que concluir en la nulidad de la cláusula 5.1, letra e), último guión, referido a la exigencia del repetido Certificado, como documento mínimo a presentar, para poder participar en el concurso convocado. El hecho que en anteriores contratos de obras la empresa contratante haya exigido el citado Certificado, en los mismos términos que en el presente recurso, no ampara la legalidad de la exigencia contenida en la cláusula del Pliego, ni legaliza, por tanto, la actuación de la empresa contratante.» En nuestro caso concreto, como podemos fácilmente observar se cumplen estas premisas, al ser tajante el pliego en cuanto a sus exigencias, estableciendo, de forma literal, en su Anexo V, punto 5, que «la acreditación de la solvencia técnica y profesional exigida en esta licitación debe acreditarse con la presentación de los siguientes documentos: (...) c. Presentación del certificado acreditativo del cumplimiento de la norma UNE ISO 9001. Gestión de calidad. d. Presentación del certificado acreditativo del cumplimiento de la norma UNE EN ISO 14001. Sistema de gestión ambiental. e. Presentación del certificado acreditativo del cumplimiento de la norma OHSAS 18001. Sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo.» La dicción del precepto convencional, *lex contractus* para las partes, según tiene reiterado este Tribunal es clara y no deja lugar a posibles interpretaciones, sin que se contemple la posibilidad que sí incorporan otros pliegos de distintas administraciones y poderes adjudicadores de que se aporten certificaciones análogas o similares, recayendo en el órgano de contratación o en la mesa de contratación la competencia para determinar si tal equivalencia concurre o no en cada caso; decíamos, que tales posibilidades no quedan siquiera abiertas en el caso que nos ocupa, en el que el pliego, y en la cláusula que hemos transcrito antes es taxativo al respecto de la exigencia de calidad y, como decimos, sin posibilidad alguna de aportación de otras alternativas que sean equivalentes a juicio del órgano que asuma la competencia de determinar, previo el correspondiente análisis, tal equivalencia respecto de este contrato. Tal ausencia de posibilidad de presentar certificaciones alternativas, obliga a este

Tribunal a la aplicación, en su forma más severa, de la doctrina que transcribíamos antes, con la obligada declaración de nulidad de la cláusula de referencia, esto es la contenida en el Anexo V, punto 5, en los puntos que hemos referido anteriormente, es decir, en las letras c., d. y e., debiendo ser en consecuencia estimado, sólo en esta parte, el recurso especial que hemos analizado en la presente resolución y siendo desestimado en todo lo demás».

II. ASPECTOS MEDIOAMBIENTALES COMO CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

Otra de las cuestiones planteadas en los recursos interpuestos contra los pliegos es el establecimiento de criterios medioambientales como criterios a valorar para la adjudicación del contrato y han sido varios los problemas abordados en las resoluciones analizadas.

1. Posibilidad de que figuren como criterios de adjudicación los criterios medioambientales

Quizás más relevante que el exigir el tener implantado un sistema de gestión medioambiental como requisito de solvencia y su acreditación a través del correspondiente certificado, es el que se establezca como criterio de valoración de las ofertas el cumplimiento de determinados aspectos medioambientales bien en los productos a suministrar, en los servicios a prestar o en las obras a ejecutar. Esta posibilidad está prevista en el artículo 150 del TRLCSP

En este aspecto han sido pocos los recursos interpuestos.

En la Resolución 430/2015 del TARCJA, de 29 de diciembre, en relación a un contrato de gestión de residuos en centros hospitalarios se impugnaba el criterio de valoración que otorga hasta cinco puntos cuando «El sistema ofertado incluya el uso de contenedores reutilizables salvo en aquellos casos que, por razón de tratamiento, sea necesario el contenedor de un solo uso».

Expone la recurrente que el mencionado criterio vulnera el principio de igualdad de trato entre licitadores, ya que el establecimiento de un procedimiento concreto o tipo en cuanto a la forma de prestar el servicio tiene una incidencia más en los costes económicos a soportar por el licitador, que en criterios de eficiencia o calidad, a lo que añade que la normativa vigente permite, según los supuestos e indistintamente, el uso de un tipo u otro de contenedor.

Por otro lado, relaciona lo anteriormente argumentado con lo dispuesto en el artículo 117.8 del TRLCSP en el sentido que el establecimiento de los contenedores reutilizables vulnera el principio de igualdad al establecerse un único tipo de contenedor —el reutilizable— en la prestación del servicio, que en nada repercute en la prestación del mismo con eficacia o calidad, provocando sin embargo con dicha imposición que se pueda colocar a algunas empresas que pretendan licitar en clara desventaja.

El órgano de contratación alega que con la inclusión de los contenedores reutilizables se responde a las prioridades que marcan las Directivas Europeas en materia de residuos, entre ellas, la Directiva 2008/98/CE, de 19 de noviembre. En este sentido, expone que con la inclusión del mencionado criterio de adjudicación, se pretende poner en valor las cualidades intrínsecas que el contenedor reutilizable tiene asociadas y que mejoran la gestión de los residuos peligrosos, ya que en primer lugar no se generan residuos añadidos como sería el caso de los contenedores de un solo uso y además con el uso del contenedor reutilizable se está evitando un alto consumo de materias primas, así como se evita un alto nivel de emisiones de CO₂.

Considera el órgano de contratación que el contenedor reutilizable no es una marca o una patente ni una tecnología perteneciente a ninguna empresa, sino una forma de gestionar los residuos que requiere una tecnología al alcance de cualquier gestor con el objetivo final de que el propio contenedor no se convierta en un residuo en sí mismo tras la jornada de trabajo (un contenedor pesa unos tres kilos) y para ello se propone valorar positivamente una tecnología que, tras un proceso de higienización, permite su reutilización.

Por tanto, procede el análisis del contenido del PPT para comprobar si se ha cometido la infracción que alega la recurrente. Efectivamente, el PPT en su cláusula «7.2. Características generales de los contenedores» establece «Con el objeto de favorecer la minimización de residuos así como reducir el impacto ambiental asociado a este servicio, se potenciará y valorará positivamente el uso de contenedores reutilizables en las condiciones que se explicitan en cada caso».

De lo anterior se deduce, en primer lugar, que no existe la imposición alegada por la recurrente puesto que el PPT no exige que los contenedores sean reutilizables, sino que de la literalidad del párrafo anteriormente reproducido se extrae que tan solo se incentiva que así sea. Dicha incentivación se materializa en los criterios de valoración, donde efectivamente en el apartado 2.2. del cuadro resumen anexo al PCAP se establece que se valorará con hasta cinco puntos a aquellas entidades que incluyan en su oferta el uso de contenedores reutilizables.

En segundo lugar, y habiendo aclarado que no existe una imposición sino una incentivación a que los contenedores sean de tipo reutilizable, no considera este Tribunal que establecer como criterio de valoración que los contenedores sean de ese tipo infringe lo dispuesto en el artículo 117.8 del TRLCSP, en el sentido de entender que el término reutilizable incurre en alguno de los supuestos no permitidos por el TRLCSP —como proscribía el mencionado artículo 117.8 del TRLCSP— «una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos», al considerar que no existe una exclusividad de fabricación de contenedores reutilizables y que cualquier licitador puede acceder a ellos para incluirlos en su oferta.

En tercer lugar, resulta proporcional y queda dentro de la discrecionalidad del órgano de contratación establecer mayor puntuación para aquellas entidades

que oferten este tipo de contenedores, ya que ello redundaría —como argumenta el órgano de contratación— en el cumplimiento de lo dispuesto en la Directiva 2008/98/CE, de 19 de noviembre, relativo a los residuos, traspuesta en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados que establece en su artículo 8 «jerarquía de residuos» lo siguiente, *«las administraciones competentes, en el desarrollo de las políticas y de la legislación en materia de prevención y gestión de residuos, aplicarán para conseguir el mejor resultado ambiental global, la jerarquía de residuos por el siguiente orden de prioridad: a) Prevención, b) Preparación para la reutilización, c) Reciclado, d) Otro tipo de valorización, incluida la valoración energética; y e) Eliminación»*.

En este sentido, y a juicio de este Tribunal resulta correcta la argumentación que realiza el órgano de contratación en cuanto que, por medio del mencionado criterio de valoración, pretende poner en valor las cualidades intrínsecas del uso del contenedor reutilizable ya que supone «prevención» pues no se generan residuos añadidos como sería el caso de los contenedores de un solo uso, y su «reutilización», ya que se está evitando un alto consumo de materias primas y asimismo se evita un alto nivel de emisiones CO₂.

Por todo lo anterior, este Tribunal no puede sino desestimar este motivo de recurso, ya que considera que la incentivación del uso de los contenedores reutilizables, otorgándole cinco puntos en los criterios de adjudicación, sobre un total de cien, no conculca lo establecido en los artículos 139 ni 117 del TRLCSP.

En esta misma resolución se aborda la impugnación de las mejoras valoradas en dos puntos y que consistían en *«Mejoras sobre aspectos no incluidos en el PPT (mejoras en la disminución en la reducción del impacto ambiental inherente a la prestación del servicio, mejoras destinadas a investigación en la gestión de los residuos en entornos sanitarios, mejoras en la seguridad en la gestión y transportes, mejoras en formación, mejoras en inclusión de servicios y medios no recogidos en el PPT relacionados con la gestión de los residuos del SAS)»*.

Considera la entidad recurrente que la configuración del criterio de valoración vulnera el principio de igualdad de trato puesto que no figura en su descripción la mención de los requisitos, límites, modalidades y/o características y su vinculación con el objeto del contrato.

Pero el Tribunal concluye que teniendo en cuenta el peso que tienen las mejoras sobre el total de puntuación, el nivel de desagregación con el que aparecen —indicando cinco tipos de mejoras diferentes— y la evidente relación de las mismas con el objeto del contrato, se concluye que éstas se sitúan dentro de un margen de discrecionalidad proporcionado y por tanto, procede la desestimación de este motivo de recurso al entender que las mejoras se encuentran suficientemente explicitadas en el pliego.

El TACR en el Recurso nº 210/2017 C. Valenciana 32/2017 Resolución nº 407/2017 aborda este tema de manera directa este tema entendiendo que un criterio medioambiental no puede establecerse como criterio de adjudicación si no guarda relación con el objeto del contrato.

El objeto del contrato en cuestión, viene descrito en la Disposición 1 del PCAP, al referirse, a la ejecución de los SERVICIOS DE LIMPIEZA Y MANTENI-

MIENTO DE LAS ZONAS VERDES Y ARBOLADO URBANO DE SAN VICENTE DEL RASPEIG, detallándose la regulación técnica de las prestaciones en el Pliego de Condiciones Técnicas, redactado por el Técnico de Medio Ambiente Municipal D. F. A. P. G. La disposición 3 del PCT enumera los cometidos que integran el objeto del contrato. El PCT otorga 3 puntos al licitador que acredite la inscripción en el Registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de CO₂ del MAGRAMA.

En el citado recurso, la cuestión a decidir, es la legalidad del criterio de valoración de 3 puntos, al licitador que esté en posesión de la Acreditación de la inscripción en el Registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de CO₂ del MAGRAMA. El PCT recoge la puntuación asignada a los distintos criterios que figuran en el mismo, haciendo un cuadro resumen, en el que se señala que, los criterios cuya valoración depende de juicio de valor su puntuación pueden alcanzar 49 puntos. Y los criterios valorables automáticamente pueden alcanzar 51 puntos. Y dentro de estos últimos, está el criterio impugnado, «*Acreditación de la inscripción en el Registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de CO₂ del MAGRAMA*», que se valora con 3 puntos.

En este sentido el TACR señala que: «de la lectura del PCT resulta lo siguiente: en el apartado ANTECEDENTES figura: «En los últimos años se ha introducido el «factor verde» como criterio de diseño de los espacios públicos de San Vicente del Raspeig. Esto ha supuesto el incremento significativo de elementos vegetales, árboles, etc. en los espacios urbanos de la ciudad. Además de la evidente mejora ornamental de los espacios públicos se produce una mejora, menos apreciable pero más importante, de las condiciones ambientales de la ciudad por la atenuación de impactos ambientales (ruido, contaminación atmosférica, polvo) y de condiciones climáticas extremas (altas temperaturas, alta insolación, etc.). En el presente documento, se describen las tareas de conservación a realizar y los criterios de sostenibilidad a emplear en la gestión y conservación desde todas las vertientes: ambiental, económica y social.» En el objeto del contrato, después de enumerar el mismo en tres apartados, se añade: «La gestión de las zonas verdes tiene una amplia componente ambiental, lo que hace necesaria la incorporación de criterios de sostenibilidad en las tareas y actividades a desarrollar.»

El apartado 14 del citado PCT referido a ASPECTOS DE SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL señala: «La gestión de las zonas verdes tiene una importante componente ambiental, lo que hace necesaria la incorporación de criterios de sostenibilidad en las tareas y actividades a desarrollar, así como en los medios a utilizar. Los criterios ambientales a tener en cuenta a la hora de desarrollar las labores objeto del contrato se agrupan en 5 grandes bloques: a) Gestión de residuos. b) Control de plagas y enfermedades de las plantas. c) Fertilización y mejora del suelo. d) Calidad ambiental de la flota de vehículos y de la maquinaria. e) Gestión de agua de riego.»

En el apartado 15 siguiente, referido a los criterios cuya valoración depende de juicio de valor, se asigna a «*Otros Criterios Ambientales*» 19 puntos. De los

que, se asignan 9 puntos a «*Vehículos respetuosos con el medio ambiente*»; 4 puntos a «*Maquinaria respetuosa con el medio ambiente*»; 3 puntos a «*Control de plagas y enfermedades vegetales*» y otros 3 puntos a «*Gestión del agua para riego*». Como se ve, hay continuas menciones al Medio ambiente, en el PCP, relacionadas con el objeto del contrato, así resulta de los Antecedentes, del Apartado 14 Aspectos de Sostenibilidad Ambiental, y del Apartado 15 de Criterios para la Selección del Contratista. En la página web del Ministerio de Agricultura, Pesca, Alimentación y Medio Ambiente (MAPAMA), en la parte referida a la «Mitigación del Cambio Climático», se recoge la información del Registro, cuando señala: «...es de carácter voluntario, nace con la vocación de fomentar el cálculo y reducción de la huella de carbono por parte de las organizaciones españolas, así como de promover los proyectos que mejoren la capacidad sumidero de España, constituyéndose por tanto en una medida de lucha contra el cambio climático de carácter horizontal...»

No obstante las menciones de los Pliegos al medio ambiente, del objeto y extensión del Registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de CO₂, existente en el MAPAMA, entiende este Tribunal que el criterio de adjudicación impugnado no guarda relación directa con el objeto del contrato, por lo que se da un incumplimiento del artículo 150 del TRLCSP, que dispone: «Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato...las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato...». O lo que es lo mismo, el criterio impugnado cuya puntuación es de 3 puntos, aunque sea relativamente pequeña con la puntuación total y máxima que pueden alcanzar las distintas ofertas, no encaja perfectamente en el contenido del precepto citado, apreciándose infracción en la inclusión en el Pliego de ese criterio de adjudicación con el objeto del contrato, por lo que el recurso debe ser estimado

2. Necesidad de concretar los criterios de adjudicación

Una de las cuestiones que han sido abordadas reiteradamente por los Tribunales de recursos contractuales ha sido el de la anulación de los Pliegos que adolecían de una falta de concreción de los criterios de valoración. Así en la Resolución 133/2015, de 7 de abril del TARCJA se impugnaba que el criterio de adjudicación referido a «Criterios técnicos», no es conforme a derecho puesto que a su juicio en el pliego no se contemplan cuáles serán las concretas reglas de valoración de este criterio, que quedan relegados a la libre elección de la Administración en el momento de proceder a valorar las ofertas.

El criterio de adjudicación impugnado, cuya valoración depende de un juicio de valor, de evaluación no automática en la terminología del pliego, y sobre el que la recurrente centra la presente alegación establece en el PCAP una puntuación global de 20 puntos y una relación de los aspectos que se contienen en la

descripción del criterio, tales como calidad del envase, calidad en el retractilado exterior de los envases, información en el envase, seguridad de administración, facilidad en la adición de fármacos, ausencia de látex y ausencia de inmovilizaciones de lotes en los tres últimos años. Sin embargo, omite las pautas a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador.

El Tribunal en la citada resolución mantuvo que las cuestiones planteadas en esta segunda alegación deben analizarse desde la perspectiva de lo establecido en el artículo 150 del TRLCSP (actual artículo 145 LCSP /2017) y de la doctrina y jurisprudencia relacionada en el fundamento de derecho anterior, al que nos remitimos.

Y se concluía que el criterio de adjudicación «Criterios técnicos», incurre, igualmente, en vicio de nulidad de pleno derecho, toda vez que en él no se establece el procedimiento a seguir para la valoración de las ofertas, quedando al arbitrio del órgano de contratación la determinación del valor atribuible a cada una de las ofertas, sin más limitación que la derivada del propio pliego, no estableciéndose en definitiva las pautas a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador.

Al respecto, es necesario traer a colación la Resolución 923/2014, de 12 de diciembre de 2014, del TACRC que en su fundamento de derecho sexto establece que *«(...) el grado de concreción exigible a los pliegos es aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta discrecionalidad a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador, sino que esa discrecionalidad ha de basarse en todo caso en juicios técnicos previamente explicados en los pliegos, lo que permitirá, por un lado, que los licitadores efectúen sus ofertas de forma cabal, garantizando el principio de transparencia e igualdad de trato y, por otro lado, que sea posible revisar la solución alcanzada por el órgano de contratación, no dejando a su absoluto arbitrio la aplicación de tales criterios.*

En cuanto a la forma de lograr tal nivel de detalle, sin embargo, no es necesario en todo caso que sea a través de la asignación de bandas de puntos, sino que basta con que la descripción del criterio sea lo suficientemente exhaustiva, estableciendo las pautas que van a seguirse a la hora de valorar cada oferta. Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de criterios sujetos a juicios de valor la descripción será siempre y necesariamente subjetiva, pues en otro caso estaríamos ante criterios evaluables mediante fórmulas.

Pues bien, en el presente caso, a juicio de este Tribunal, la descripción contenida en el criterio de valoración «Gestión de atención e información al cliente» resulta suficiente para cumplir con tales exigencias. En este sentido, ha de darse la razón al órgano de contratación en cuanto que los distintos aspectos señalados en la descripción del criterio no actúan como subcriterios de carácter exhaustivo, sino que se trata de una lista meramente enunciativa que permita a los licitadores comprender qué tipo de herramientas pueden ser valoradas por parte del órgano de contratación y poder dirigir su oferta a cubrir la finalidad

técnica que se pretende lograr con el citado criterio de adjudicación y que se encuentra suficientemente explicada en el pliego: dar mayor puntuación a quien ofrezca un mejor servicio a sus clientes.

Exigir que se ponderen todos y cada uno de los aspectos que se contienen en la descripción de cada criterio nos llevaría a un círculo vicioso pues cada subcriterio a su vez habrá de contener también su descripción, la cual contendrá a su vez una relación de distintos aspectos que serán tenidos en cuenta y que deberían entonces ser objeto a su vez de ponderación. No cabe, por ello, establecer una regla general que exija siempre y en todo caso establecer la ponderación de todos y cada uno de los aspectos contenidos en cada criterio y subcriterio, sino que lo que ha de exigirse es que lo que va a ser objeto de valoración esté suficientemente concretado.

Indudablemente, el órgano de contratación cuando efectúe la correspondiente valoración habrá de motivar adecuadamente la otorgada a cada licitador y en ese momento habrá de revisarse si se han cumplido los requisitos exigidos por la jurisprudencia antes señalada: que no modifiquen criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones; que no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y que no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

Por tanto, el hecho en sí de que no se haya establecido una ponderación mediante la asignación de concretos puntos a cada uno de los aspectos que podrán ser tenidos en cuenta a la hora de valorar la oferta no se considera por sí sola motivo suficiente para anular el pliego en este punto.

No obstante lo anterior, el hecho de que se admitan como legales criterios y subcriterios susceptibles de diversas interpretaciones no supone reconocer en el órgano de contratación una plena discrecionalidad en la valoración. Muy al contrario, de la aplicación correcta o incorrecta de estos criterios podrá derivarse la posibilidad de que el Tribunal, en el caso de que la adjudicación llegara ser impugnada, declare que se ajusta o no a la Ley y al contenido de los pliegos.»

El supuesto de hecho analizado en la citada Resolución del TACRC 923/2014 es muy similar al analizado en el presente recurso, aunque con una diferencia fundamental que, a juicio de este Tribunal, hace que el mismo haya de ser declarado nulo y es que en el presente caso no se establecen las pautas a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador. Pues, como ha puesto de manifiesto el citado Tribunal Central, el hecho en sí de que no se haya establecido una ponderación mediante la asignación de concretos puntos a cada uno de los aspectos que podrán ser tenidos en cuenta a la hora de valorar la oferta no se considera por sí sola motivo suficiente para anular el pliego en este punto, sin embargo, ello unido a la ausencia de las pautas a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador trae como consecuencia, a juicio de este Tribunal, que el mencionado criterio no sea ajustado a derecho.

Es en el informe a este recurso donde el órgano de contratación trata de establecer las pautas que van a seguirse a la hora de valorar cada oferta y que,

en su caso, debieron haber figurado en el pliego. De este modo señala que aquella oferta que presente mejor calidad de envase debidamente justificada se valorará con la máxima puntuación, aplicando los mismos criterios en todas las ofertas técnicas para cada una de las empresas, que a aquéllas que presenten calidad baja, se les asignará 0 puntos y que entre la mejor oferta técnica y la de peor calidad del envase se repartirán proporcionalmente los 20 puntos.

Esta falta de concreción de las pautas de valoración de las puntuaciones en los pliegos, dejando entera libertad a la discrecionalidad técnica de los órganos de valoración para trazar los criterios de valoración de la oferta supone, como se ha mencionado, un vicio de nulidad de pleno derecho.

Como conclusión, es necesario poner de manifiesto que la nulidad de cualquiera de los criterios de adjudicación a tener en cuenta en una licitación debe comportar la nulidad de la licitación misma, como señala la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, *Wienstrom*), «*Los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (...). Por lo que atañe a los propios criterios de adjudicación, hay que admitir con mayor razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación. De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión. Por lo tanto, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso*».

En la Resolución 125/2015, de 15 de abril del TARCJA se abordaba la cuestión de que la valoración del criterio de adjudicación «organización del servicio» cuya valoración está comprendida entre 0 y 20 puntos y que se refiere a la memoria técnica, según el siguiente contenido mínimo que se describe en los Anexos 2 y 3 del PCAP.

La recurrente pone de manifiesto que los licitadores desconocen la ponderación de los epígrafes dispuestos para la valoración de la calidad de la memoria técnica, siendo el criterio de valoración impreciso y conculcándose, por tanto, el principio de transparencia y el de igualdad de trato. Entiende que debe aclararse su peso, su preponderancia a la hora de diferenciar entre unos ítemes y otros, y que debe realizarse un desglose vinculado de puntuaciones o justificación previa de cómo se efectuarán las mismas.

Asimismo, la recurrente hace referencia igualmente a la posibilidad que deja abierta el último epígrafe al permitir a los licitadores aportar cualquier otro ex-

tremo que se considere oportuno, alegando que ello contraviene la imposición legal de que los criterios de adjudicación han de quedar perfectamente determinados y configurados en los pliegos, en cuanto a su contenido, puntuación y reglas para su valoración.

«Memoria técnica que describirá cómo se organizará el servicio para hacer efectivas todas las prestaciones establecidas en el pliego de prescripciones técnicas.

— *Sistema de Gestión de Calidad y Manual de calidad de la empresa.*

(I) La empresa deberá aportar la documentación que justifique el grado de compromiso medioambiental de su empresa en relación con el objeto del contrato, y concretamente, información expresa sobre las siguientes cuestiones:

- *En su caso, los residuos que genera la actividad y sus características.*
- *Los aspectos ambientales asociados a la actividad.*
- *Las medidas correctivas aplicadas para disminuir el impacto ambiental de las actuaciones.*
- *Los potenciales accidentes, averías, funcionamiento en condiciones normales y sus efectos sobre el medioambiente.*

Así mismo, el licitador podrá aportar cualquier otro extremo que considere oportuno para la organización del servicio.»

Respecto de la ponderación del criterio de adjudicación, indican los anexos que se valorará la memoria técnica teniendo en cuenta la calidad de la misma con los siguientes valores posibles:

Excelente = 20 puntos
Buena = 15 puntos
Aceptable = 10 puntos
Insuficiente = 5 puntos
Deficiente = 0 puntos

Al respecto hay que indicar que, tal y como señala la Resolución 389/2014, de 19 de mayo, del TACRC, *«el objetivo que persigue la exigencia legal de establecer en los Pliegos los criterios de valoración aplicables y su forma de ponderación no es otro que el de garantizar la objetividad de la Administración en la selección del contratista, así como la igualdad de trato entre los licitadores y la transparencia del procedimiento. Por ello, los criterios de valoración y sus coeficientes de ponderación deben establecerse con claridad en los Pliegos de manera que sean conocidos por los licitadores, sin que puedan generar desigualdad y falta de transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas.»*

Al hilo de lo anterior, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 24 de noviembre de 2005 en el asunto C-331/04 —ATI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc y otros) señala que *«el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, proce-*

diendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:

- *no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;*
- *no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;*
- *no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.»*

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia admite que estando el criterio definido y ponderado en el pliego, puedan establecerse subcriterios sin ponderar, permitiendo que sea a posteriori cuando sea llevada a cabo dicha ponderación. Todo lo anterior, siempre y cuando esos subcriterios estén previamente definidos en el pliego y se haga dentro del margen de puntuación del respectivo criterio.

Por último, es necesario hacer mención a la Sentencia del TJUE, de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupulis, invocada por la recurrente para apoyar sus argumentos en relación con la Sentencia de 24 de noviembre de 2005, en el asunto C-331/04 —ATI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc y otros. Al respecto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales indicó, en la Resolución 389/2014, que *«los supuestos de hecho examinados en las dos sentencias citadas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son parecidos pero no totalmente coincidentes; así, en la Sentencia de 24 de enero de 2008 (asunto Alexandroupulis), el anuncio de licitación contenía únicamente los criterios de adjudicación, procediendo la Mesa a determinar tanto los coeficientes de ponderación de esos criterios como los subcriterios de valoración, todo ello con posterioridad a la presentación de las ofertas. En la sentencia de 24 de noviembre de 2005 (asunto ATI EAC), tanto los criterios de adjudicación como sus coeficientes de ponderación y los subcriterios de aquéllos estaban previamente fijados en el pliego de condiciones, estableciendo la Mesa a posteriori sólo los coeficientes de ponderación de los subcriterios. Se trata de dos supuestos de hecho diferentes, de ahí que en principio parezca que la sentencia de 24 de enero de 2008 (Alexandroupulis) el Tribunal de Justicia adopte una doctrina más restrictiva pero en realidad no lo haga, al dejar expresamente a salvo la doctrina de la sentencia de 24 de noviembre de 2005, referida a un supuesto en el que los Pliegos recogían con un mayor grado de detalle las pautas (los criterios de valoración y su ponderación, y los subcriterios de aquéllos) aplicables para decidir la adjudicación. En este último supuesto, se insiste, el TJUE admite con ciertas condiciones que la Mesa de Contratación efectúe a posteriori un reparto de los puntos asignados a cada subcriterio, esto es, que fije a posteriori los coeficientes de ponderación de los subcriterios previstos en los Pliegos.»*

Por lo expuesto, y en la medida que, con base en este motivo del recurso, el recurrente solicita expresamente la anulación del criterio de adjudicación, se desestimó el recurso, toda vez que, aunque no se asigne una puntuación concre-

ta a cada uno de los subcriterios recogidos, éstos aparecen descritos de manera exhaustiva, al mismo tiempo que se establecen las pautas concretas que habrán de seguirse a la hora de valorar cada oferta (excelente, buena, aceptable, insuficiente y deficiente).

III. ASPECTOS MEDIOAMBIENTALES COMO CONDICIÓN DE EJECUCIÓN

El TACRC en el Recurso nº 1094/2017 C. Valenciana 195 Resolución nº 1148/2017 abordó esta cuestión analizando un criterio medioambiental como condición de ejecución y otro como criterio de adjudicación.

El PCAP analiza un supuesto peculiar y es la necesaria vinculación al objeto del contrato que debe concurrir en las condiciones especiales de ejecución y en los criterios de adjudicación. En el contrato objeto del citado recurso se establece como condición especial de ejecución en su cláusula V.5 que la *«energía suministrada, aunque provenga de diferentes fuentes, utilizará el sistema de certificados de garantía de origen que emite la CNMC, certificada 100% de fuentes renovables»*.

Por su parte, la cláusula VII, apartado 2.4 señala: «2.4) ACREDITACIÓN DE COMERCIALIZADORA VERDE 100% RENOVABLE (de 0 a 10 puntos): La empresa deberá acreditar estar incluida en los años 2014, 2015 y 2016 dentro del registro que la CNMC tiene de empresas que tienen el 100% de sus ventas cubiertos con garantía de origen de su energía (GdO's). Se otorgarán 1/3 de la puntuación por cada acreditación anual presentada correspondiente a 2014, 2015 y 2016.»

En lo que se refiere al fondo del asunto, el recurso interpuesto por la mercantil excluida de la licitación se fundamenta, en síntesis, en la improcedencia de configurar como criterio de valoración objetivo de las proposiciones presentadas, como lo hace la cláusula VII, apartado 2.4, el «acreditar estar incluida en los años 2014, 2015 y 2016 dentro del registro que la CNMC tiene de empresas que tienen el 100% de sus ventas cubiertos con garantía de origen de su energía (GdO's)» puesto que:

a) su finalidad es la misma que la recogida en la condición especial de ejecución prevista en la cláusula V.5 por la que la *«energía suministrada, aunque provenga de diferentes fuentes, utilizará el sistema de certificados de garantía de origen que emite la CNMC, certificada 100% de fuentes renovables»*, y,

b) limita de forma injustificada la libre concurrencia de operadores económicos a la licitación al otorgarse preferencia a las empresas que comercializan energía de menor volumen —dado que a mayor volumen es imposible, según la recurrente, ofrecer el 100% de la energía comercializada de fuentes renovables—.

La mercantil recurrente considera que el criterio de valoración contenido en la cláusula VII.2.4 es contrario a derecho porque comparte una misma finalidad medioambiental con la condición especial de ejecución prevista en la cláusula V.5.

Este Tribunal no puede compartir dicha afirmación con carácter general, puesto que como hemos señalado en nuestra resolución 206/2013 de 5 de junio, entre otras muchas, que «los elementos personales y materiales pueden utilizarse como criterio para determinar la solvencia técnica o profesional y que el mayor número sobre los exigidos en los pliegos, puede ser utilizado como criterio de adjudicación». Dicha posición sigue la doctrina fijada por la Junta consultiva de Contratación Administrativa del Estado expresada, entre otros, en su informe 59/2004, de 12 de noviembre. En el mismo sentido se puede citar la Resolución 62/2011 de 9 de marzo en la que se indicó que «a priori, ofrece dificultad admitir que un mismo criterio pueda servir para determinar la solvencia del licitador y la calidad de su oferta. Sin embargo, no es conceptualmente desechable esta posibilidad (...) esta afirmación no debe entenderse como hecha de forma incondicional pues para aceptar su aplicación a cada caso concreto es preciso dejar bien claro que debe reunir los requisitos exigidos para uno y otro ámbito de actuación. Así, debe ser o constituir un elemento definitorio de las características de la empresa, es decir de las cualidades técnicas de la misma que la hacen apta para ejecutar el contrato, y, al mismo tiempo, debe reunir la condición de característica predicable de la oferta del licitador de tal forma que en base a su apreciación pueda estimarse razonadamente que una oferta es mejor que otra».

Ese cuerpo de doctrina sobre la posibilidad de exigir determinadas circunstancias relativas a los medios personales o materiales necesarios para ejecutar una prestación como criterio de solvencia y adjudicación (operando en el primer caso como mínimo, y en el segundo como mejora) es aplicable *mutatis mutandi* a los supuestos en que esas circunstancias relativas a los medios personales o materiales necesarios para ejecutar una prestación se fijan como condición especial de ejecución de obligado cumplimiento, y, sus eventuales mejoras, como criterio de adjudicación.

Por ello, podemos afirmar que es posible el que una condición especial de ejecución y alguno de los criterios de valoración compartan una idéntica finalidad medioambiental (o de otro tipo) a condición de que interpretadas conjuntamente las estipulaciones que las contienen, se constate que las primeras regulan un mínimo común de obligaciones exigibles a todos los licitadores, y las segundas permitan una mayor valoración de las proposiciones que ofrezcan mejoras de esos niveles obligatorios.

Examinadas las cláusulas V.5 y VII. 2.4 del PCAP este Tribunal debe señalar que no asiste la razón a la recurrente al afirmar que se duplican las mismas exigencias medioambientales en ambas estipulaciones primero como condición especial de ejecución, y, luego como criterio de adjudicación, dado que cada cláusula atiende a fines diferentes —la primera regula la forma de suministrar energía en el marco del contrato durante los 24 meses próximos— mientras que la segunda valora el haber suministrado únicamente energías renovables en los ejercicios anteriores.

El segundo motivo de impugnación de la recurrente se fundamenta en entender que el criterio de adjudicación por el que se asignan hasta 10 puntos a

los licitadores que han comercializado en los tres años anteriores a 2017 únicamente energías renovables constituye una vulneración de los Principios que informan la contratación pública, en particular, por su falta de relación con el objeto del contrato y por suponer una restricción a la concurrencia. El artículo 61.1 párrafo segundo de la LCSE establece que los criterios de adjudicación deberán estar «directamente vinculados al objeto del contrato» enumerando a modo de ejemplo «la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.»

Dicho precepto es sustancialmente idéntico al artículo 150.1 del TRLCSP. A la hora de enjuiciar la validez de un criterio de adjudicación este Tribunal ha señalado, entre otras, en su Resolución 187/2012, de 16 de septiembre, que estos deben ser configurados de forma que puedan «ser objetivos, estar referidos o directamente relacionados con la prestación objeto del contrato, permitir determinar cuál de las ofertas o proposiciones presentadas es la más ventajosa económicamente, y no hacer referencia a las características de las empresas». En dicha Resolución, con cita al Informe 9/2009 de 31 de marzo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, se indicaba que la relación entre un criterio de adjudicación y el objeto del contrato implica «que el criterio de valoración afecte a aspectos intrínsecos de la propia prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directas derivadas de ésta y que no puede afectar a cuestiones contingentes cuya alteración no afecte ni a la forma de ejecutar la prestación, ni a sus resultados.» Precizando el alcance de la anterior afirmación, en la Resolución 62/2011 de 9 de marzo este Tribunal señaló que «para apreciar si un determinado criterio puede ser utilizado para valorar y adjudicar el contrato será necesario establecer previamente si tal criterio encarna alguna de las características del objeto contractual, de tal forma que sea posible valorarlo en más o en menos en función de que a través de él se ponga de manifiesto que la oferta en cuestión se acerca más o menos a la condición de económicamente más favorable»

Este criterio se ha expresado al tratar aspectos relacionados con la gestión medioambiental, en diferentes ocasiones por este Tribunal, así en la Resolución nº32/2011, se estableció que «no basta que se trate de un contrato sujeto a regulación armonizada para que se pueda exigir en el pliego la acreditación de normas de gestión medioambiental, sino que es requisito imprescindible que dicha exigencia sea acorde al objeto del contrato, ya que si atendiendo al mismo resulta que requerir dicha acreditación es desproporcionada o innecesaria, ello afecta claramente al principio de concurrencia empresarial y constituye por tanto

una causa de nulidad de la cláusula del pliego que contenga esa exigencia. En el supuesto analizado con motivo del presente recurso, este Tribunal considera que la cláusula VII. 2.4 no se ajusta a lo previsto en el artículo 61.1 de la LCSE ni a la Doctrina transcrita, dado que no se aprecia relación alguna con la prestación del suministro de energía en baja y media tensión a tres instalaciones de la empresa Municipal de Transportes de Valencia durante los próximos 24 meses con que los licitadores hayan distribuido en los ejercicios anteriores únicamente energías renovables de acuerdo con los certificados expedidos por la CNMC. Dicho de otra forma, la actuación pasada de un licitador con terceros ajenos a la entidad contratante no presenta el necesario nexo causal con el objeto del contrato, sencillamente porque dicho aspecto no afecta a la configuración de la prestación que se contrata.

A este respecto, téngase en cuenta que la recurrente ha demostrado que los operadores económicos que distribuyen energía pueden ver alterado sus certificaciones de energía renovable comercializada de un ejercicio a otro con una relativa frecuencia de manera que el aspecto que se valora no tiene por qué incidir en la ejecución del contrato. Incide en la ausencia de relación con el objeto del contrato el criterio de adjudicación analizado, el hecho de que todo operador económico deba cumplir la condición especial de ejecución prevista en la estipulación V.5 del contrato, que sí que afecta intrínsecamente al cumplimiento del contrato puesto que obliga a suministrar a la entidad contratante únicamente energías renovables durante la ejecución del contrato. Con respecto a dicha condición especial de ejecución, compartiendo las consideraciones de la recurrente, sí se aprecia dicha conexión directa entre la calidad y circunstancias de la prestación que se contrata, consistente en el suministro de energía eléctrica, y la condición especial de ejecución que exige que la totalidad de la energía suministrada a la entidad contratante sea de origen renovable. Como conclusión, procede estimar el recurso interpuesto, dado que el criterio de adjudicación previsto en la cláusula VII. 2.4 del PCAP vulnera el artículo 61.1 de la LCSE al no guardar relación con el objeto del contrato (suministro de energía durante los próximos 24 meses), el aspecto objeto de valoración automática al que se refiere (haber comercializado durante los años 2014 a 2016 únicamente energías renovables).

IV. CONCLUSIÓN

En este trabajo se han expuesto las principales resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en relación a las cuestiones que respecto a las cláusulas medioambientales han sido objeto del recurso especial en materia de contratación.

Ahora bien, la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre que traspone las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE, ambas de 26 de febrero de 2014, ha dado un importante impulso a esta nueva herramienta necesaria para la consecución de unos contratos públicos más sostenibles. Desde esta perspectiva la

contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación puede y debería ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos.

Esto ha llevado a que antes de la transposición de las nuevas Directivas mediante la aprobación de una nueva Ley de Contratos del Sector Público, las distintas Administraciones han ido aprobando Guías para la incorporación de las cláusulas sociales y medioambientales en los contratos públicos como es el caso de Andalucía en virtud del Acuerdo de 18 de octubre de 2016 del Consejo de Gobierno, por el que se impulsa la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

La incorporación a los pliegos de dichas cláusulas determinará que a través del recurso especial se intenten depurar aquéllas que puedan suponer un obstáculo a los principios de libre concurrencia e igualdad de trato y por tanto, las pautas marcadas en la doctrina de los tribunales de recursos contractuales expuestas ha de servir también de guía para que logremos una contratación pública más sostenible pero con respecto a los principios básicos de la contratación.

Capítulo 12

LA INCORPORACIÓN DE CRITERIOS AMBIENTALES A LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO: UN ESBOZO SOBRE CASTILLA Y LEÓN

Javier Píriz Urueña

Letrado

Consejo Consultivo de Castilla y León

Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El criterio del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León. Especial referencia a las certificaciones de calidad y de gestión medioambiental. 2.1. Como criterio de solvencia. 2.1.1. Es un requisito distinto de la habilitación empresarial o profesional. 2.1.2. Su compatibilidad con la clasificación del licitador. 2.1.3. La acreditación de la calidad y de la gestión medioambiental es exigible a todos los miembros de una UTE. 2.2. Como criterio de adjudicación. 3. Reflexión final.

1. INTRODUCCIÓN

Por Acuerdo 64/2016, de 13 de octubre, de la Junta de Castilla y León, se aprobaron medidas en materia de desarrollo sostenible en la Comunidad de Castilla y León¹. Entre sus objetivos prioritarios, el preámbulo del citado Acuerdo menciona «la lucha contra el cambio climático y la eficiencia en el uso de los recursos naturales». Cabe hacer notar que dichos objetivos ya estaban presentes en los instrumentos estratégicos aprobados por dicha Administración autonómi-

1. <http://bocyl.jcyl.es/boletines/2016/10/17/pdf/BOCYL-D-17102016-7.pdf>

ca en 2009, en concreto, en la Estrategia Regional de Desarrollo Sostenible² y en la Estrategia Regional de Cambio Climático de Castilla y León³.

En el citado Acuerdo 64/2016 se apuntan como áreas prioritarias la movilidad y el transporte, el uso de la energía, la prevención de los residuos, la protección de la biodiversidad o el desarrollo de nuevas formas de producir y consumir más sostenibles; y ello con el objetivo de «acelerar la transición hacia una economía sostenible, verde, integradora e inclusiva»⁴.

Las medidas aprobadas se orientan a la consecución de los siguientes fines que se enumeran en el preámbulo:

- Profundizar en la revisión e impulso de los objetivos de desarrollo sostenible y cambio climático, desde todas las áreas y políticas de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, con un enfoque de carácter transversal e integrador, para consolidar la sostenibilidad ambiental y la lucha contra el cambio climático como un elemento central a considerar en la definición de las políticas públicas de la Comunidad Autónoma.
- Desarrollar un conjunto de medidas prioritarias y ambiciosas en sus metas, que contribuyan a la reactivación económica a partir de un modelo de economía inteligente, sostenible e integradora, es decir, de una economía eficiente en el uso de los recursos naturales y de la energía, y de una economía circular y baja en carbono, que base su competitividad en la innovación y la sostenibilidad.
- Potenciar el papel de la Administración de la Comunidad de Castilla y León como impulsora de la sostenibilidad, para aumentar la eficiencia y la sostenibilidad ambiental de las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma y para optimizar el efecto tractor que estas pueden ejercer para aumentar la sostenibilidad de las empresas y de la sociedad en su conjunto.

Se trata de medidas dirigidas a la mejora de la sostenibilidad en el funcionamiento de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y de medidas prioritarias de integración de la sostenibilidad en las políticas públicas de ésta⁵,

2. Estrategia Regional de Desarrollo Sostenible 2009-2014, aprobada por el Acuerdo 127/2009, de 19 de noviembre, de la Junta de Castilla y León. <http://bocyl.jcyl.es/boletines/2009/11/25/pdf/BOCYL-D-25112009-14.pdf>

3. Estrategia Regional de Cambio Climático 2009-2012-2020, aprobada por el Acuerdo 128/2009, de 26 de noviembre, de la Junta de Castilla y León. <http://bocyl.jcyl.es/boletines/2009/12/02/pdf/BOCYL-D-02122009-21.pdf>

4. El Acuerdo 64/2016 tiene presente que el objetivo principal que informa la Estrategia Regional de Desarrollo Sostenible es «la consecución de un desarrollo sostenible real en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, tratando de conseguir la economía más próspera posible en todo el territorio, con un alto nivel de creación de empleos de calidad, de educación y protección sanitaria y de cohesión social en un marco de protección del medio ambiente y utilización racional de los recursos naturales».

5. Entre estas últimas medidas se prevé la de «Fortalecer los mecanismos de integración de la sostenibilidad y el cambio climático en los procedimientos de elaboración normativa»; y para ello se obliga a que en las memorias de los anteproyectos de ley y de los proyectos de decreto se incluya un

aplicables, no solo a su Administración, sino también al resto de entidades que integran el sector público autonómico y cuyo desarrollo está previsto para el periodo 2016-2019.

Además del citado Acuerdo, la Junta de Castilla y León ha aprobado también planes sectoriales específicos que incorporan aspectos de protección medioambiental en sus políticas. Es el caso del Plan Integral de Residuos de Castilla y León⁶ y del Plan Director de Promoción Industrial de Castilla y León 2017-2020⁷.

Estos instrumentos son solo unos ejemplos que ponen de relieve la importancia que el medio ambiente tiene actualmente en el marco de las políticas públicas.

Tal relevancia no es exclusiva, como es obvio, de la política autonómica.

Las Entidades Locales han aprobado también instrumentos con los que implementar criterios medioambientales en la consecución de una adecuada sostenibilidad ambiental. Entre éstos cabe citar especialmente la Planificación del Desarrollo Sostenible Local (Agenda Local 21), aprobada por varios Ayuntamientos: v.gr. Valladolid, Burgos⁸ o Zamora⁹. En concreto, en la Agenda Local 21 de Valladolid (V Plan de Acción 2016-2020)¹⁰ se señala que su objetivo general es conseguir que la ciudad alcance un desarrollo sostenible, que garantice una mejor calidad de vida de sus habitantes sin menoscabo del medio ambiente.

Junto a estas medidas de carácter general, las Administraciones Públicas han adoptado también otras específicas para implementar aspectos medioambientales en la contratación del sector público.

En la Administración de la Comunidad de Castilla y León, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa autonómica elaboró en el año 2009 una Ponencia para el estudio de la integración de aspectos medioambientales y energéticos en la contratación pública¹¹. En dicha Ponencia se analiza la introducción de los mencionados aspectos durante todo el *iter* contractual o, en los expresivos términos empleados por la Junta, «en el ciclo de vida de una relación

análisis de la contribución la futura norma «a la sostenibilidad y a la lucha/adaptación contra el cambio climático».

6. Plan Integral de Residuos de Castilla y León, aprobado por el Decreto 11/2014, de 20 de marzo, de la Junta de Castilla y León, y publicado por la Orden FYM/785/2016, de 2 de septiembre. <http://bocyl.jcyl.es/boletines/2016/09/20/pdf/BOCYL-D-20092016-7.pdf>

7. Plan Director de Promoción Industrial de Castilla y León 2017-2020, aprobado por Acuerdo 26/2017, de 8 de junio, de la Junta de Castilla y León: <http://bocyl.jcyl.es/boletines/2017/06/12/pdf/BOCYL-D-12062017-5.pdf>

Este Plan considera sectores prioritarios de actuación, entre otros, la energía y medio ambiente industrial (apartado 7.4). En estos sectores, dentro de su objetivo 4 (intensificar la I+D+i), se prevé como línea de actuación, entre otras, la de «Crear mercados favorables para los productos diseñados bajo criterios de economía circular: a través de la compra pública verde y la compra pública innovadora, la creación de mercados para materias primas secundarias (recicladas), el desarrollo de los servicios necesarios para los consumidores (servicios de mantenimiento y reparación), etc».

8. <http://www.aytoburgos.es/medio-ambiente/agenda-21>

9. <http://www.zamora.es/contenidos.aspx?id=430>

10. <https://www.valladolid.es/es/ciudad/medio-ambiente-salud/servicios/aprobado-v-plan-accion-agenda-local-21>

11. https://contratacion.jcyl.es/web/jcyl/ContratacionAdministrativa/es/Plantilla100/1284256402213/_/_/_

jurídico contractual». Así, se afirma, la perspectiva ambiental puede estar presente en la descripción del objeto del contrato y especificaciones técnicas (con mención concreta a las etiquetas ecológicas); en la delimitación de la capacidad y solvencia exigible a los licitadores; así como en los criterios de adjudicación y en las condiciones especiales de ejecución del contrato. En dicha ponencia se indica que el fomento de la sostenibilidad y protección del medio ambiente a través de la contratación pública no podrá suponer en ningún caso vulneración de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, salvaguarda de la libre competencia y selección de la oferta económicamente más ventajosa (punto tercero de las conclusiones).

En el ámbito local, puede destacarse la reciente Instrucción 1/2018, para impulsar la contratación socialmente eficiente: estratégica, íntegra y sostenible en el Ayuntamiento de Valladolid y las entidades de su sector público¹². Por lo que respecta a los criterios medioambientales, en la citada Instrucción 1/2018, según se indica en su exposición de motivos, «se plantea en primer lugar una formación de técnicos municipales en compra pública verde, cálculo del ciclo de vida y redacción de pliegos técnicos, incorporando objetivos medioambientales en la definición del objeto de los contratos; no se permite la adquisición de bienes y servicios producidos sin garantías de cumplimiento de los convenios internacionales en materia medioambiental; se concretan criterios medioambientales de valoración de las ofertas y como condición especial de ejecución de manera preceptiva, y la verificación de su cumplimiento; se prevé la exigencia de obtención de certificados de calidad medioambiental en los servicios contratados». Tales aspectos se desarrollan en el título IV de la Instrucción, dedicado a la incorporación de aspectos medioambientales en la contratación municipal, en el que se detallan diversas medidas que deben incorporarse en las fases de preparación, de licitación-adjudicación y de ejecución-resolución de los contratos.

La relevancia que está adquiriendo el medioambiente en el ámbito de las políticas y actuación administrativa es, por tanto, evidente.

Sin embargo, la utilización de aspectos ambientales no está siendo uniforme por los órganos de contratación, ni tampoco pacífica en muchos casos, y está dado lugar impugnaciones de pliegos, de actos de exclusión y de adjudicaciones de contratos, de las que están conociendo los tribunales de recursos contractuales. Seguidamente se da cuenta de algunas de las controversias más relevantes que dicha incorporación ha suscitado.

12. Instrucción aprobada por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 9 de mayo de 2018. <https://www.valladolid.es/es/ayuntamiento/normativa/instruccion-1-2018-impulsar-contratacion-socialmente-eficie> (La Instrucción 1/2018 ha sustituido a la Instrucción 1/2015, de la Secretaría General del Ayuntamiento de Valladolid, para impulsar la eficiencia y sostenibilidad en la contratación pública del Ayuntamiento e implementar a través de ella las políticas municipales en materia social, medioambiental, de innovación y promoción de las pymes).

2. EL CRITERIO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE CASTILLA Y LEÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LAS CERTIFICACIONES DE CALIDAD Y DE GESTIÓN MEDIOAMBIENTAL

El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (TARCCyL) no ha sido ajeno al devenir de estas cuestiones medioambientales y ha conocido algunos recursos especiales en materia de contratación que han permitido analizar, o al menos constatar o solo vislumbrar, la inclusión de este tipo de criterios o circunstancias.

Se ha observado que en algunos casos se han incorporado en la definición del objeto del contrato (por ejemplo, contratos de sustitución de luminarias para ahorro energético, contratos de recogida de residuos —calificados en ocasiones como concesiones de servicios y otras como contrato de servicios, en función de si existía o no transferencia del riesgo operacional— o contratos de recogida de aceite de cocina usado¹³) o en la delimitación de las especificaciones técnicas (etiqueta ecológica o producción de bienes con menor impacto ambiental). Se citan los ejemplos anteriores para poner de manifiesto que actividades tan ligadas con el adecuado cumplimiento de las normas ambientales deben articularse mediante fórmulas de gestión que incentiven su cumplimiento. Así, es posible articular un sistema de recogida de residuos que más allá de la cesión de suelo para colocación de los contenedores permita la recogida de aceite domiciliario a coste cero para el Ayuntamiento. En el citado caso, es la empresa concesionaria (esa es la calificación contractual que definitivamente reconoce el TARCCyL en la Resolución 43/2016, de 28 de junio) quien asume la totalidad de los gastos del servicio, retribuyéndose con el producto de la venta del aceite a un tercero.

También se ha constatado que, en ocasiones, determinados aspectos medioambientales se han establecido como criterios de adjudicación. A título meramente ejemplificativo, y dada la amplia casuística observada, se citan los siguientes:

- Presentación de planes estratégicos de sostenibilidad y mejora, en un contrato de servicios de mantenimiento y conservación de zonas verdes y arbolado de alineación. En dicho caso, se otorgaba mayor puntuación a las ofertas que aportaban un planteamiento o estrategia general sobre dichos aspectos frente a aquellas otras que se limitaban a ofertar propuestas o mejoras puntuales. Lo anterior, por considerar que las primeras sentaban bases y daban continuidad en el tiempo al planteamien-

13. En la Resolución 43/2016, de 28 de junio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (<http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-43-2016>), se analizó la calificación del contrato, ya que existía controversia sobre si debía calificarse como concesión de servicios o concesión de dominio público.

to ambiental y de sostenibilidad requerido (Resolución 22/2016, de 23 de marzo¹⁴).

- Menor impacto ambiental, en lo relativo a la reducción de material de fabricación de determinados productos objeto de suministro (Resolución 90/2014, de 18 de diciembre, dictada en un recurso frente a la adjudicación¹⁵).
- Aportación de certificados de calidad sobre el producto ofertado. Esta cuestión se planteó en la Resolución 3/2014, de 16 de enero¹⁶, dictada en un recurso frente la adjudicación de un contrato, en el que se alegaba la posibilidad de aportar tales certificados, si bien se concluyó que los pliegos no contemplaban tal opción, ya que «no es preciso la presentación de dichas certificaciones para valorar la calidad, rentabilidad, valor técnico y características estéticas y funcionales de los productos ofertados, sino para acreditar la solvencia económica, financiera, técnica o profesional del adjudicatario».

Centraré el estudio en las certificaciones de calidad y de gestión medioambiental (artículos 80 y 81 del TRLCSP¹⁷), al ser estas las que han ocasionado mayor número de impugnaciones ante el TARCCyL. Se ha advertido que en unos casos se exigían como requisito de solvencia y en otros como criterio de adjudicación.

2.1. Como requisito de solvencia

2.1.1. Es requisito distinto de la habilitación empresarial o profesional

En alguna ocasión se ha advertido que los pliegos exigían como «habilitación especial» (a la que se refiere el artículo 54.2 del TRLCSP¹⁸) la acreditación de la calidad. Sin embargo, el TARCCyL, en su Resolución 31/2013, de 20 de junio, rechazó tal posibilidad, ya que tal precepto se refiere a la habilitación empresarial o profesional que pueda ser exigible al contratista para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato —es, por tanto, un requisito de aptitud—, y no a la solvencia; y ello de acuerdo con el

14. <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-22-2016>

15. <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-90-2014>

16. <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-3-2014>

17. A tales certificaciones se refieren los artículos 93 y 94 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

18. Habilitación a la que se refiere actualmente el artículo 65.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

criterio expuesto por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 1/09¹⁹.

2.1.2. Su compatibilidad con la clasificación del licitador

En las Resoluciones 25/2015, de 9 de abril²⁰, y 29/2015, de 22 de abril²¹, dictadas en relación con recursos interpuestos frente a pliegos, se analizó si el requisito de aportar las certificaciones de calidad o de gestión medioambiental era o no compatible con la exigencia de que el licitador contara con la oportuna clasificación.

El criterio del TARCCyL fue favorable a esta posibilidad, sobre la base de lo previsto en el artículo 48.2 de la Directiva 2004/18/CE, vigente en ese momento, («Las capacidades técnicas de los operadores económicos podrán acreditarse por uno o más de los medios siguientes, según la naturaleza, la cantidad o envergadura y la utilización de las obras, de los suministros o de los servicios: (...) f) para los contratos públicos de obras y de servicios indicando, únicamente en los casos adecuados, las medidas de gestión medioambiental que el operador económico podrá aplicar al ejecutar el contrato») y de lo establecido en los artículos 80 y 81 del TRLCSP, referidos a la acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad y de las normas de gestión medioambiental.

El TARCCyL consideró que el requisito de clasificación era compatible con la exigencia, establecida en el pliego, de acreditar el cumplimiento de las normas de garantía de calidad y de gestión medioambiental. Y ello porque, si bien es cierto que el artículo 62.1 del TRLCSP²² prevé que la clasificación sustituirá a la acreditación de las condiciones de solvencia, también lo es que la inscripción del licitador en los Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas, esto es, el hecho de que una empresa esté clasificada, no justifica el concreto nivel de solvencia técnica, en este caso, cumplimiento de normas de garantía de calidad o de gestión medioambiental, que puede exigirse para un contrato, en la medida que el precepto no lo contempla. Se compartió, de esta manera, el argumento del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, reco-

19. En el Informe 1/09 se señala que «La habilitación empresarial o profesional (...) hace referencia más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trata. Ciertamente las disposiciones que regulan estos requisitos legales para el ejercicio de actividades empresariales o profesionales tienen en cuenta para otorgársela que el empresario en cuestión cuente con medios personales y técnicos suficientes para desempeñarlas, pero esta exigencia se concibe como requisito mínimo. Por el contrario, cuando la Ley de Contratos del Sector Público habla de solvencia técnica o profesional, por regla general lo hace pensando en la necesidad de acreditar niveles de solvencia suficientes para la ejecución del contrato en cuestión, que por regla general serán superiores a los exigidos para simplemente poder ejercer profesión de forma legal»).

20. <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2015/resolucion-25-2015>

21. <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2015/resolucion-29-2015>

22. Previsión recogida en el artículo 74.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

gido en su Resolución 782/2014, de 24 de octubre (que reiteraba lo expuesto en las Resoluciones 143/2012 y 70/2013), según el cual, la inscripción en dichos registros (medio de prueba de la clasificación):

«(...) no justifica el concreto nivel de solvencia técnica que puede requerirse para un contrato, pues nada dice sobre ella el precepto transcrito. Si la clasificación excluyera toda posibilidad de exigir una condición adicional de solvencia técnica como la que constituyen los certificados de calidad que ahora nos atañen, se habría incluido una mención expresa a que la inscripción acredita igualmente dicha solvencia técnica, al igual que se hace con la económica y financiera. Lo único que no es admisible, pues, es que a las empresas clasificadas se les pida, adicionalmente, otra forma de justificar su solvencia económica, pero nada más.

El silencio del legislador no es casual ni se trata de un simple olvido; antes bien, es obligado si se tiene en cuenta que la clasificación en ningún caso se pronuncia sobre el cumplimiento de normas de garantía de calidad o de gestión medioambiental —que son siempre relativos a la solvencia técnica—, sino sobre los medios financieros, personales y materiales de la empresa, la experiencia en la ejecución de trabajos relacionados con la que se pretende, así como, en su caso, la existencia de las autorizaciones para ejercer la actividad correspondiente (artículos 30-34, 40-44, 47 y concordantes del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre)».

2.1.3. La acreditación de la calidad y de la gestión medioambiental es exigible a todos los miembros de una UTE

En la Resolución 41/2013, de 8 de agosto²³ (dictada en el recurso 35/2013) se resolvió un recurso interpuesto frente a la exclusión de una UTE, acordada por no acreditar una de las empresas que la integraban estar en posesión de los certificados de calidad y de sistema de gestión medioambiental exigidos en el pliego.

Los recurrentes alegaban que la Mesa de contratación había interpretado de forma errónea el pliego de cláusulas administrativas particulares, ya que éste no precisaba, a diferencia de lo indicado para la solvencia técnica, que la calidad y la gestión medioambiental debían ser cumplidas por cada una de las empresas que conformaban la UTE.

Partiendo del artículo 24.1 del RGLCAP, que permite, a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal de empresarios, la acumulación de las características acreditadas para cada uno de los integrantes de ella, sin perjuicio de lo establecido para la clasificación, el TARCCyL declaró que «La acreditación de las normas de gestión de la calidad y medioambientales cuentan

23. <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2013/resolucion-41-2013>. En el encabezamiento la Resolución se numera, de forma errónea, como 35/2013, cuando lo correcto es 41/2013.

con un difícil encaje en la figura de la acumulación. Estas normas, que pueden exigirse como un plus de solvencia (incluso en aquellos contratos en los que sea exigible la clasificación), actualmente están reguladas en los artículos 80 y 81 TRLCSP para contratos sujetos a regulación armonizada²⁴ y suponen que la empresa ha de obtener esos certificados mediante procedimientos complejos. Una vez obtenidos, acreditan que, esta empresa y no otra, cumple con las normas de garantía de calidad y de gestión medioambiental exigidas».

Sobre este particular, se trajo a colación el Informe 46/99, de 21 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado²⁵, que señala la necesidad de exigencia de los requisitos de capacidad y solvencia a todas las empresas que integran la UTE, sobre la base de la inexistencia de un precepto legal que dispense de su cumplimiento.

En el mismo sentido, el Informe 29/10, de 24 de noviembre²⁶, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el que se concluye que:

«1.º Los certificados acreditativos del cumplimiento de normas de garantía de calidad o de gestión medioambiental sólo garantizan esta circunstancia respecto de la empresa y la actividad de ésta para las cuales se han expedido.

2.º Las circunstancias acreditadas por tales certificados no se acreditan respecto de otras empresas aunque pertenezcan al mismo grupo, ni pueden servir para acreditar el cumplimiento por parte de las restantes que forman parte de una unión temporal de empresas.

3.º Se excluye, naturalmente, el supuesto en que de la unión temporal forme parte alguna empresa cuya actividad en la ejecución del contrato no esté afectada por la exigencia de los mencionados certificados».

Con base en ello, el TARCCyL concluyó que la actuación de la Mesa de contratación, al acordar la exclusión de la UTE, fue correcta, coincidiendo con el criterio mantenido por otros tribunales de recursos contractuales (Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 254/2011, de 26 de octubre²⁷, con base en el Informe 45/02, de 28 de febrero de 2003, de

24. No obstante, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su reciente Informe 38/15, de 5 de abril de 2018, considera que, «Conforme a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, es posible exigir en los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada, como condición de solvencia, la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el operador económico cumple determinados sistemas o normas de gestión medioambiental». Informe disponible en:

(<http://www.minhfp.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2018/38-15.Solvencia%20y%20certificados.FEEF.pdf>)

25. <http://www.minhfp.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/informes%201995-1999/contratos%20de%20suministro/Informe%2046-99.pdf>

26. <http://www.minhfp.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2010/Informe%2029-10.pdf>

27. [http://www.minhfp.gob.es/TACRC/Resoluciones/A/C3%91O%202011/Recurso%200216-2011%20\(Res%20254\)%2026-10-11.pdf](http://www.minhfp.gob.es/TACRC/Resoluciones/A/C3%91O%202011/Recurso%200216-2011%20(Res%20254)%2026-10-11.pdf)

la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado²⁸, y Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 26/2012, de 13 de julio²⁹).

2.2. Como criterio de adjudicación

La posibilidad de incorporar aspectos medioambientales como criterios de adjudicación no es absoluta, ya que esta opción ha de tener en cuenta los límites que fijó el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 17 de septiembre de 2002 (asunto C-513/99, Concordia Bus Finland)³⁰. En ella señaló que «la entidad adjudicadora (...) puede tener en cuenta criterios ecológicos, como el nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de los autobuses, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación»; y que «El principio de igualdad de trato no se opone a que se tomen en consideración criterios relacionados con la protección del medio ambiente, (...) por el mero hecho de que la propia empresa de transportes de la entidad adjudicadora sea una de las pocas empresas que pueden ofrecer unos vehículos que cumplan los criterios mencionados».

No han sido pocos los expedientes de contratación en los que se ha constatado que los pliegos han establecido como criterio de adjudicación el que la empresa estuviera en posesión de certificaciones de calidad y/o de gestión medioambiental.

Existe ya una consolidada doctrina contraria a la posibilidad de valorar los certificados de gestión medioambiental como criterio de adjudicación, que se ha sintetizado por el TARCCyL en su Resolución 75/2016, de 8 de noviembre³¹ (al resolver un recurso frente a pliegos) y, más recientemente, en la Resolución 90/2017, de 29 de noviembre³² (dictada en un recurso frente a una adjudicación).

El análisis parte del artículo 150.1 del TRLCSP, que obliga a que la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa atienda a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, entre los cuales cita «la calidad». El requisito de la vinculación al objeto del contrato

28. <http://www.minhfp.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2003/Informe%2045-02.pdf>

29. http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/TribunalAdministrativo/contenido_canal_trb_home/Acuerdo_026_2012.pdf

30. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&lgrec=en&nat=or&oqp=&dates=&lg=&language=es&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=C-513%252F99&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&jge=&for=&cid=653360>

31. <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2016/resolucion-75-2016>

32. <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2017/resolucion-90-2017>

se ha venido entendiendo, como ya puso de manifiesto la Resolución 76/2015, de 15 de julio de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, «en el sentido de que los criterios de adjudicación deben referirse a los aspectos de la oferta, es decir, a las condiciones bajo las que los licitadores proponen la ejecución de la prestación contratada. En cambio, no caben como criterios de adjudicación los aspectos relativos a la capacidad técnica, económica o profesional de los licitadores, especialmente los referidos a las características de la empresa, los cuales sólo son aceptables como criterios de determinación de la solvencia —artículos 74 y siguientes del TRLCSP—. En la misma línea, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 24 de enero de 2008 (Asunto C 532/06, Lianakis y otros), declaró que «se excluyen como `criterios de adjudicación´ aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión».

Conforme a ello, los tribunales administrativos de recursos contractuales mantienen de forma unánime que los certificados de calidad o de gestión medioambiental no pueden utilizarse como criterios de adjudicación, aunque pueden exigirse como requisito de solvencia técnica (por todas, cabe citar las Resoluciones 65/2013, 29/2015 y 30/2015 del TARCCyL, la Resolución 40/2011 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el Acuerdo 84/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, la Resolución 105/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, las Resoluciones 906/2014, 255/2015 y 523/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y la citada Resolución 76/2015 del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi).

En el mismo sentido se han pronunciado las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa (por todos, el Informe 6/03, de 29 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, el Informe 4/2006, de 4 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, y los Informes 56/2004, de 12 de noviembre, 73/2004, de 11 de marzo de 2005, y 50/2006, de 11 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado).

En particular, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado admite, en el citado Informe 56/2004, que «los criterios de calidad y mejora de la calidad pueden figurar como criterios de adjudicación en los respectivos pliegos», pero puntualiza que «Lo que sí deben diferenciarse, como hacía nuestro citado informe de 2 de marzo de 1998, es la calidad o su mejora de los medios de aseguramiento de la calidad, ya que los primeros pueden figurar, conforme a lo indicado, como criterios de adjudicación y los segundos como elementos de solvencia según las Directivas comunitarias (hoy artículo 98.2, letras b) y c), de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004)». Asimismo, en el Informe 50/2006, reitera que los certificados de aseguramiento de la calidad no pueden utilizarse como criterios de adjudicación y sí, en cambio, como requisitos de

solvencia técnica de acuerdo con la Ley de Contratos y la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, entonces vigentes.

Este criterio se mantiene también por el Tribunal de Cuentas que, en el Informe nº 1066, de 20 de diciembre de 2014, relativo a la contratación del sector público en el año 2012, ha reiterado que los certificados o las certificaciones técnicas son criterios vinculados a la capacidad técnica de la empresa (solvencia) y no al objeto (adjudicación), por lo que no cabe su empleo como criterio de adjudicación; advertencia ésta hecha también por el Consejo de Cuentas de Castilla y León en sus informes de fiscalización.

La doctrina expuesta ha determinado que el TARCCyL haya declarado, en los supuestos que se ha alegado tal circunstancia, que los certificados de gestión medioambiental pueden exigirse como requisito de solvencia técnica a los licitadores, pero no valorarse como criterio de adjudicación si no están justificadas en el expediente ni la vinculación de tal criterio de adjudicación con el objeto del contrato ni tampoco que la aportación de las certificaciones de gestión medioambiental sea determinante de una mejor oferta y relevante para la calidad de la prestación objeto del contrato.

Este criterio, que se recoge también en las Resoluciones 29/2015 y 30/2015, de 22 de abril³³, del TARCCyL (dictadas en relación con recursos interpuestos frente a pliegos), se ha reiterado recientemente en la Resolución 4/2018, de 25 de enero³⁴, del mismo Tribunal, que resolvió un recurso frente a la adjudicación de un contrato. En ellas se afirma que estos certificados de calidad o de gestión medioambiental «no pueden concebirse como un criterio de valoración, al estar vinculados no al objeto del contrato sino a las características de la empresa, por lo que se configurarían como un criterio de selección y no de adjudicación. El hecho de exigir dichos certificados de calidad como criterios de valoración supone una discriminación de unas empresas frente a otras, lo que afecta al principio de congruencia al definir un perfil del licitador».

3. REFLEXIÓN FINAL

Es evidente que la protección medioambiental y el desarrollo sostenible son objetivos que presiden hoy las actuaciones administrativas y que los aspectos medioambientales están adquiriendo notable importancia en el marco de las políticas públicas, con especial énfasis en el ámbito de la contratación pública en cuanto ésta puede coadyuvar a la consecución de aquellos objetivos (a esta finalidad responde la creación, por el Real Decreto 6/2018, de 12 de enero, de la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios ecológicos en la contratación pública). Para ello es preciso que, siempre que resulte compatible

33. <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2015/resolucion-30-2015>

34. <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2018/resolucion-4-2018>

con el objeto del contrato, la definición de éste y la delimitación de las prestaciones tengan en cuenta la óptica ambiental, que se exija como solvencia técnica, cuando proceda, la acreditación de certificaciones de calidad o de gestión medioambiental, que se valore la posibilidad de incorporar aspectos ambientales como criterios de adjudicación, de conformidad con la normativa y jurisprudencia europea (Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99, Concordia Bus Finland), e incluso, y como cuestión no menos relevante, que se vele por el correcto cumplimiento por parte del contratista de los aspectos ambientales que hayan podido establecerse como condiciones especiales de ejecución.

La relevancia de estos objetivos responde a las previsiones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cuyo artículo 1.3 exige en que la contratación pública se incorporen «de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos»; precepto que concreta lo recogido en la exposición de motivos de la Ley cuando señala que las consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo «podrán incluirse tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio, o como condiciones especiales de ejecución, si bien su introducción está supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar. En particular, en el caso de las condiciones especiales de ejecución, la Ley impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo que se listan en el artículo 202».

Normativa que, como es sabido, tiene como objetivo el logro de los objetivos fijados en la Estrategia Europa 2020³⁵ (un crecimiento inteligente: desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación; un crecimiento sostenible: promoción de una economía que haga un uso más eficaz de los recursos, que sea más verde y competitiva (a tal efecto se fomentará una contratación pública verde); y un crecimiento integrador: fomento de una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial) y también de los objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada por la Asamblea General en septiembre de 2015³⁶.

Para la consecución de dichos objetivos en nuestro país, se está elaborado la Estrategia Española de Economía Circular: Objetivo España Circular 2030³⁷ (cuyo periodo de información pública concluyó el 12 de marzo de 2018), que prevé planes de acción de corto plazo para incorporar los ajustes necesarios con

35. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020&from=ES>

36. <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/70/1>

37. El borrador, fechado en febrero de 2018, sometido a información pública, está disponible en: http://www.mapama.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/participacion-publica/180206-economiacircular_tcm30-440922.pdf

el fin de culminar la transición en 2030 (la Estrategia va acompañada del primer plan de acción 2018-2020); y también el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (2018-2025)³⁸ (cuyo periodo de información pública finalizó el 24 de abril de 2018).

Las bondades de estos objetivos y la utilización de la contratación pública para coadyuvar a su consecución deben llevarnos a una reflexión final.

En la Resolución 87/2014, de 11 de diciembre³⁹, el TARCCyL advirtió, no solo de la irregularidad de exigir certificaciones de calidad y de gestión ambiental como criterio de adjudicación, sino también de la escasa eficacia práctica de la inclusión de este criterio, en la medida que, según indicó el órgano de contratación, era conocido que todas las empresas que ese momento trabajaban en el mantenimiento de los espacios verdes y en la recogida de residuos contaban con los sistemas de gestión de calidad y de gestión ambiental que puntuaban en el sobre 3 de la licitación del contrato de recogida de basuras, así como que la tienen la totalidad de las empresas que trabajan en el sector servicios.

Esta circunstancia —la irrelevancia del aspecto ambiental en la valoración— obliga a recordar que el objetivo de la incorporación de criterios medioambientales en los procedimientos de contratación no es su mera inclusión injustificada a efectos meramente formales, sino que su bondad reside en su contribución para seleccionar la oferta que presente mejor relación calidad-precio, tal y como exige el artículo 1.3 de la LCSP.

En definitiva, en palabras literales del Manual sobre la contratación pública ecológica de la UE. 3.^a edición⁴⁰, y del preámbulo del Real Decreto 6/2018, de 12 de enero, antes citado, ha de afirmarse que «la contratación pública ecológica es una importante herramienta para el logro de los objetivos de las políticas medioambientales relacionados con el cambio climático, la utilización de los recursos y la producción y el consumo sostenibles»; pero eso solo se logrará con un uso adecuado y eficaz de los medios que, en el ámbito de la contratación pública, se ponen a nuestra disposición.

38. <http://www.mapama.gob.es/es/ministerio/planes-estrategias/plan-de-contratacion-publica-ecologica/default.aspx>

39. <http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2014/resolucion-87-2014>

40. http://ec.europa.eu/environment/archives/gpp/handbook_summary_2011_es.pdf

Capítulo 13

LA PYME EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

Antonio Fernández Ecker

Subdirector General de Apoyo a la PYME

Ministerio de Economía, Industria y Competitividad

SUMARIO: 1. La PYME y los contratos públicos. 1.1. La Pequeña y Mediana Empresa en España. 1.2. El mercado español de la contratación pública. 1.3. Los problemas de la PYME en su acceso a los contratos públicos. 2. La Ley 9/2017: medidas en favor de la PYME. 2.1. Medidas adoptadas en España con anterioridad a la Ley 9/2017. 2.2. La Ley de contratos del sector público: medidas en favor de la PYME. 3. Conclusiones

1. LA PYME Y LOS CONTRATOS PÚBLICOS

La Directiva de 2014 pone de manifiesto el papel clave de la contratación pública en la Estrategia Europa 2020 siendo uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos facilitando, precisamente y en particular, la participación de las pequeñas y medianas empresas.

Así lo deja claro en sus considerandos donde dice que se debe adaptar la contratación pública a las necesidades de las Pequeñas y Medianas Empresas (PYME), para ir más allá en el considerando 124 estableciendo *«Dado el potencial que tienen las PYME de cara a la creación de empleo, el crecimiento y la innovación, es importante fomentar su participación en la contratación pública a través de las disposiciones pertinentes de la presente Directiva y de iniciativas a escala nacional. Las nuevas disposiciones que establece la presente Directiva deben contribuir a que se alcancen mejores resultados en lo que se*

refiere a la participación de las PYME en el valor total de los contratos que se adjudiquen (sic)».

En España la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE ha sido transpuesta por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Con motivo de este cambio tan significativo en nuestro ordenamiento jurídico, en este capítulo vamos a ver las medidas introducidas en favor de la PYME que pueden ayudar a aumentar su participación en la contratación pública y, por tanto, mejorar la competencia consiguiendo para las Administraciones públicas productos y servicios a una mejor relación calidad/precio.

1.1. La Pequeña y Mediana Empresa en España

El desarrollo y la competitividad de un país, y en definitiva su economía depende en gran medida del desarrollo de su tejido empresarial, y en especial de las pequeñas y medianas empresas, que representan el principal motor de desarrollo económico y de creación de empleo.

La relevancia de las PYME no es sólo por su contribución en términos de empleo y de valor añadido, sino también por su aportación de flexibilidad y dinamismo que les permite una mejor adaptación frente a las cambiantes situaciones del mercado.

Las pequeñas y medianas empresas son la columna vertebral de la economía española ya que suponen el 99,9% de las empresas españolas, es decir, 2.498.870 del total de 2.501.805 de empresas que hay en nuestro país, emplean a 8.137.962 trabajadores (el 72,6% del empleo empresarial) y representan el 61,8% del Valor Añadido Bruto¹. Si comparamos estos datos con los de la Unión Europea vemos que los porcentajes son bastante similares. Así, en Europa el 99,8% son PYME que generan el 66,6% del empleo y el 56,8% del Valor Añadido Bruto (VAB).

Si profundizamos algo más en la estructura de nuestro tejido empresarial vemos que España tiene un 94,9% de microempresas (0-9 trabajadores) frente al 93% de media en la Unión Europea que, si bien no supone una gran diferencia, sí desempeñan un papel fundamental en nuestro mercado de trabajo ya que aportan el 41,2% del empleo empresarial frente al 29,8% generado por las microempresas europeas. Además, suponen el 25,9% del VAB (el 20,9% en el caso de la UE28).

Aunque en mucha menor medida, esto nos ocurre también en pequeñas empresas (entre 10 y 49 empleados) en donde la diferencia en número de empresas y empleo ronda los dos puntos (4,4% frente al 5,8% en la UE en número y 18,3% y 20% en empleo, respectivamente) y en medianas (50-249 trabajadores) con un 0,6% de empresas de este tipo en España que emplean al 13,1% de trabajadores frente al 0,9% en cuanto a número de empresas en la Unión Europea con el 16,7% de personas empleadas.

1. Datos de la SBA Fact Sheet 2017 - Spain

En lo que se refiere al VAB, las pequeñas empresas españolas suponen el 18,1% frente a la media europea del 17,8% y en el caso de las medianas, apenas hay diferencia, estando en el 17,8% en el caso español frente al europeo del 18,2%.

1.2. El mercado español de la contratación pública

Si atendemos a la Memoria del Análisis de Impacto Normativo del proyecto de Ley de contratos del sector público, el mercado de la contratación pública representa el 15,5% del PIB español. Más en concreto y tomando los datos de la web de contratos públicos transparentes², en el año 2016 el número de administraciones que licitaron contratos fue de 1.951 con un total de 52.617 licitaciones por un importe licitado de más de 24.000 millones de euros.

Eso en cuanto a tamaño. Ahora bien, convendría saber cómo funciona el mercado de la contratación pública en España. Para ello, podemos analizar su eficiencia, basándonos en los datos del Single Market Scoreboard³, un cuadro de indicadores que tiene como objetivo ofrecer una visión general de la gestión práctica del mercado único analizando la ejecución de los Estados Miembros en distintas áreas, entre las cuales se encuentra la contratación pública.

En este último aspecto, los indicadores se basan en los anuncios publicados en la base de datos Tenders Electronic Daily (TED⁴). Si bien brindan solo una imagen simplificada, resaltan los aspectos básicos de los mercados de compras de los países estudiados.

Para realizar el Scoreboard, la Comisión Europea utiliza un total de nueve indicadores que muestran cómo los diferentes países de la UE se están comportando en aspectos clave de la contratación pública. A continuación, se explican estos indicadores:

1. «Un licitador». Mide la proporción de contratos adjudicados cuando ha habido un solo licitador (excluidos los acuerdos marco, ya que tienen diferentes patrones de información).
2. El indicador «Sin convocatorias de licitación» mide la proporción de procedimientos de adquisición que se negociaron con una empresa sin una licitación.
3. «Tasa de publicación». Mide el valor de las adquisiciones anunciadas en TED como una proporción del producto interior bruto (PIB) nacional.
4. El indicador «Compras cooperativas» mide la proporción de procedimientos de adquisición con más de un comprador público.

2. Para más información sobre los datos que recoge esta web puede visitar http://www.contratospublicotransparentes.es/transparencia/about_us/

3. http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm

4. TED es la versión *online* del «Suplemento al Diario Oficial» de la UE, dedicado a la contratación pública europea. TED publica 520 mil avisos de compras al año, incluidas 210 mil licitaciones por valor aproximado de 420.000 millones de euros.

5. «Criterios de adjudicación», mide la proporción de contratos que se otorgaron únicamente sobre la base del precio más bajo, lo que muestra cómo los compradores públicos eligen las compañías a las que conceden los contratos. Si bien la elección de los criterios depende de lo que se compra, la dependencia excesiva del precio sugiere que se podrían haber utilizado mejores criterios y, por lo tanto, haber realizado una mejor compra.
6. La «velocidad de decisión» mide el período medio de toma de decisiones. Este es el tiempo entre la fecha límite para recibir ofertas y la adjudicación del contrato. Para asegurar la comparabilidad, solo se consideran los avisos publicados bajo el procedimiento abierto y sin incluir los acuerdos marco.
7. El indicador «Valores perdidos» mide la proporción de contratos adjudicados sin información sobre el valor del contrato (excluidos los acuerdos marco, ya que tienen diferentes patrones de información).
8. «Convocatorias perdidas». Este indicador mide la proporción de adjudicaciones de contratos para los que se realizó una licitación, pero no está claro cuál fue el nombre de la convocatoria ni cuáles fueron las condiciones.
9. «Números de registro perdidos». Este indicador mide la proporción de procedimientos en los que no se incluyó el número de registro.

A partir de estos indicadores se obtiene un desempeño general que es el promedio ponderado de dichos indicadores, siendo los más importantes, los tres primeros, que tienen triple ponderación, mientras que los tres últimos, que se refieren a la transparencia, tienen una ponderación de un tercio.

Así, se obtienen tres grupos de países, los que están por encima del 90%, los que se encuentran entre el 80% y el 90%, y los que están por debajo del 80%. En definitiva, lo que se pretende medir es si los compradores públicos obtienen una buena relación calidad-precio.

El estudio de cada indicador nos dice que España cumple satisfactoriamente el 5° y 6°, criterios de adjudicación y velocidad de decisión, obteniendo en el resto una puntuación insatisfactoria.

La puntuación global de España se sitúa por debajo del 80%, con países como Italia, Grecia y algunos países del este, frente a los que obtienen un desempeño por encima del 90% como Reino Unido o Francia.

Los indicadores anteriores nos dan una muestra de cómo se está comportando España en el mercado de la contratación pública con carácter general. Ahora bien, cabe preguntarse esa misma cuestión respecto al acceso de la PYME a la contratación pública.

Para ello, podemos consultar la última SBA Fact Sheet⁵ la cual recoge el grado de implantación de la Recomendación de 2008 denominada «Ley de la pequeña empresa» o Small Business Act⁶.

5. Para más información consultar https://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/performance-review_es

6. COM(2008) 394 final. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Pensar primero a pequeña escala» «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas.

Así, la SBA Fact Sheet de 2017 pone de manifiesto que, en lo referente al acceso de la PYME a la contratación pública, España se encuentra por debajo de la media europea en los tres indicadores estudiados:

- Porcentaje de PYME que participa en licitaciones públicas: España obtiene un valor de 28 frente a la media de la UE de 37.
- Porcentaje de PYME que presentan propuestas en licitaciones públicas electrónicas: España obtiene un 4,8; Media UE: 12,85.
- Porcentaje de las pymes en el valor total de los contratos públicos adjudicados. España: 21; Media UE: 29.

Además, la Comisión Europea destaca en el caso de España que los requisitos para licitar son desproporcionados para las PYME y que los contratos más grandes no se suelen dividir en lotes más pequeños. Aspectos estos fundamentales para que la PYME tenga un mejor acceso a los contratos públicos.

Visto lo anterior, no diremos más salvo que España aún tiene margen de mejora en esta área, tanto en lo referente al rendimiento general de la contratación pública que afecta a todas las empresas, como de la participación de la PYME en particular.

1.3. Los problemas de la PYME en su acceso a los contratos públicos

La PYME, por su reducido tamaño, se enfrenta a restricciones y condicionantes en distintos ámbitos de su actividad, lo que justificaría la actuación administrativa con el fin de aliviar esos condicionantes, creando un marco normativo que permita competir en igualdad de condiciones a todas las empresas, independientemente de su tamaño.

Si nos centramos en el ámbito de la contratación pública, distintos estudios identifican una serie de problemas a la hora de que la PYME acceda a los contratos públicos, aunque bien es cierto, que nunca se ha definido cuantitativamente la participación ideal de la PYME en dichos contratos públicos.

Desde el punto de vista del sector público, una mayor participación de la PYME generará una competencia más intensa por la obtención de contratos públicos, lo que ofrecerá a las Administraciones públicas bienes y servicios de mayor calidad y a un precio más ventajoso. Por otra parte, esta mayor competencia provocada por un mayor número de licitadores, así como la necesaria transparencia de las prácticas de contratación pública permitirá a las PYME desarrollar su potencial de crecimiento e innovación, con el consiguiente efecto positivo sobre la economía.

Los estudios acerca de las dificultades de las PYME para acceder a los contratos públicos hacen hincapié en que la solución no consiste en la introducción de nuevas disposiciones normativas, sino en un cambio en la mentalidad de los poderes adjudicadores. Por tanto, es fundamental una buena práctica e interés por parte de las administraciones en fomentar esta participación, insistiendo

siempre en que no se trata de favorecer sino de establecer unas mismas condiciones que no discriminen, y busquen la igualdad de oportunidades, consiguiendo mayor competencia y, por tanto, una mejor relación calidad-precio a la hora de adquirir bienes y servicios.

Las siguientes dificultades fueron señaladas como las más importantes⁷:

- Dificultades a la hora de obtener información (dada la imposibilidad de destinar los suficientes recursos a la recopilación de información).
- Desconocimiento de los procedimientos de licitación.
- Carga administrativa excesiva.
- Gran envergadura de los contratos.
- Plazo insuficiente para preparar las ofertas.
- Coste de la preparación de las ofertas (dado que muchos de los costes son fijos, las PYME han de soportar costes desproporcionadamente elevados en relación con las empresas de mayor tamaño).
- Niveles de cualificación y requisitos de certificación desproporcionados.
- Exigencias excesivas de garantías financieras.
- Discriminación de licitadores extranjeros / sesgo en favor de las empresas locales o nacionales.
- Localización de socios en otros países con fines de colaboración.
- Incumplimiento de los plazos de pago por parte de los poderes adjudicadores.

Estas dificultades justifican distintas actuaciones que han venido realizando las Administraciones públicas y que culminan con la Directiva de 2014 sobre contratación pública.

Si hacemos un breve repaso de las medidas tomadas a nivel europeo, cabe empezar por la ya mencionada «Ley de la pequeña empresa», una Recomendación de la Comisión Europea que busca mejorar las condiciones para que las PYME europeas puedan desarrollar todo su potencial. Para ello, establece un marco integral para la Unión Europea y los Estados miembros, basado en diez principios que guíen la concepción y la aplicación de las políticas para la PYME tanto europeas como nacionales.

Define un conjunto de medidas políticas y una serie de nuevas propuestas legislativas de acuerdo con el principio «pensar primero a pequeña escala». Entre las muchas tareas que se marcó esta Recomendación estuvo la elaboración, por parte de la Comisión Europea, de un Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de la PYME a los contratos públicos⁸.

7. Fuente. WK Estrategia. *PYME's y contratación pública: Informe de síntesis de la consulta pública sobre la «Ley de la pequeña empresa» (Small Business Act) cerrada el 30 de marzo de 2008; Estudio de 1999 de la Red europea de investigación sobre las PYME; Contribuciones de organizaciones empresariales europeas tales como UEAPME y Business Europe*

8. SEC(2008)2193

Este Código de buenas prácticas toma como punto de partida las principales dificultades experimentadas y referidas por las PYME y sus representantes, comentadas anteriormente, y llama la atención de los Estados miembros y de sus poderes adjudicadores sobre las posibles soluciones a esas dificultades, agrupándolas bajo una serie de puntos:

- Superar las dificultades relacionadas con el tamaño de los contratos.
- Garantizar el acceso a la información relevante.
- Mejorar la calidad y la comprensibilidad de la información proporcionada.
- Fijar niveles de capacitación y requisitos financieros proporcionados.
- Aliviar la carga administrativa.
- Poner énfasis en la relación calidad-precio y no meramente en el precio.
- Conceder plazo suficiente para preparar las ofertas.
- Velar por que se respeten los plazos de pago.

El objetivo de dicho Código de buenas prácticas era y es ayudar a que las autoridades públicas desarrollen estrategias, programas o planes de acción, que faciliten el acceso de las PYME a los contratos públicos.

2. LA LEY 9/2017: MEDIDAS EN FAVOR DE LA PYME

2.1. Medidas adoptadas en España con anterioridad a la Ley 9/2017

Siendo consciente de las dificultades con las que la PYME se encuentra a la hora de contratar con el sector público, España introdujo en 2013 distintas medidas que modificaban la anterior Ley de contratos del sector público mediante la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, destacando las siguientes modificaciones:

- Se elevaron los umbrales para la exigencia de clasificación en los contratos de obras y de servicios. Esta medida se vio superada posteriormente por las modificaciones de la Ley de factura electrónica que eliminaron la exigencia de clasificación en el caso de contratos de servicios y suministros, permaneciendo únicamente para contratos de obras cuyo valor estimado fuera igual o superior a 500.000 euros.
- Se extendió a los contratos de obras la posibilidad de establecer la garantía por retención en el precio.
- El plazo de 6 meses para poder pedir la devolución o liberación de la garantía en los casos en que el contrato había finalizado y no se había procedido a su recepción formal por causas ajenas al contratista se extendió a los casos cuando el contratista era PYME.
- Se introdujo por primera vez la declaración responsable en las licitaciones.
- Se estableció la regla general de prohibición expresa de discriminación a favor de contratistas previos.

- Por último, se introdujeron dos medidas para luchar contra la morosidad: la reducción del plazo de demora de 8 a 6 meses para que el contratista pudiera resolver el contrato y la posibilidad de que la administración contratante comprobara el pago de los contratistas a los subcontratistas.

Además de las anteriores, poco después la Ley de Garantía de Unidad de Mercado modificó la Ley de Contratos creando la Plataforma de Contratación del Sector Público, eliminando de esta manera la dispersión de la información sobre contratación pública provocada por los perfiles del contratante.

2.2. La Ley de contratos del sector público: medidas en favor de la PYME

Como ya hemos comentado, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público transpone la Directiva de 2014 asumiendo gran parte de las medidas que ésta recoge en favor de la participación de la PYME en los contratos públicos.

Así, ya desde el principio, en su artículo primero, la Ley establece entre sus fines que se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

Se mantienen las medidas de fomento de la contratación pública que ya se introdujeron en su momento con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, con alguna mejora.

Así, la clasificación no es obligatoria en el caso de contratos de suministros y servicios y sólo se mantiene en los de obra a partir de los 500.000 € de valor estimado del contrato (artículo 77).

Igualmente se mantiene lo relativo a la posibilidad de establecer la garantía mediante retención en el precio (artículo 108), así como el plazo de seis meses para pedir la devolución o liberación de la garantía cuando ha finalizado el contrato y no se ha procedido a la recepción formal del mismo por causas ajenas al contratista. En estos casos la Administración tendrá que abonar la cantidad adeudada incrementada con el interés legal del dinero correspondiente al período transcurrido desde el vencimiento del citado plazo hasta la fecha de la devolución de la garantía, si ésta no se hubiera hecho efectiva por causa imputable a la Administración (artículo 111).

Se mantiene el plazo de demora de 6 meses para que el contratista pueda resolver el contrato (artículo 198), y la comprobación de los pagos a los subcontratistas o suministradores (artículo 217).

Éste último recoge una novedad importante respecto a la Ley anterior, y es que convierte en obligatoria para el órgano de contratación la comprobación del pago del contratista a los subcontratistas en determinados tipos de contratos: en los de obras y de servicios cuyo valor estimado supere los 5 millones de euros y en los que el importe de la subcontratación sea igual o superior al 30 por

ciento del precio del contrato, en relación a los pagos a subcontratistas que hayan asumido contractualmente con el contratista principal el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra. Además, la Ley prevé la posible ampliación de esta obligación a otros tipos de contratos.

Otro aspecto que se subraya en la Exposición de Motivos, siendo una de las medidas más destacadas en favor de las PYME, es la nueva regulación de la división en lotes de los contratos, debiendo justificarse ahora en el expediente la no división del contrato en lotes (artículo 99.3). El criterio se invierte, por lo que esta medida debería provocar que los poderes adjudicadores dividan sus contratos en lotes de menor cuantía, haciendo éstos más manejables para empresas de menor tamaño. Es cierto que la Ley recoge excepciones a esta regla, por lo que volverá a depender del órgano de contratación un uso orientado a favorecer una mayor participación de la PYME.

Se prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos de las Administraciones Públicas excepto en algunos supuestos (artículo 102) y se prohíbe el uso de la garantía provisional salvo cuando el órgano de contratación lo considere necesario por motivos de interés público y así lo justifique.

Otro tema fundamental para la PYME es el relativo a la solvencia del empresario. En este ámbito, se mantienen las reglas generales relativas a que los requisitos que se exijan han de estar vinculados al objeto del contrato y han de ser proporcionales al mismo (artículo 74.2), así como la posibilidad de que las empresas podrán recurrir a la capacidad económica, financiera y técnica de otras empresas (artículo 75). En lo referente a la acreditación de la solvencia económica y financiera, el artículo 87 establece que el volumen de negocios mínimo anual exigido no excederá de una vez y media del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros.

Otra medida que se destaca como novedosa en la Exposición de Motivos y que, esperamos, tenga un efecto positivo en la reducción de la morosidad, es la inclusión como criterio de solvencia de la justificación, por parte de las empresas adjudicatarias de contratos, del cumplimiento con los plazos establecidos por la normativa vigente sobre pago a proveedores (el órgano de contratación podrá exigir que el periodo medio de pago a proveedores del empresario no supere el límite que a estos efectos se establezca por Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública teniendo en cuenta la normativa sobre morosidad).

En cuanto a la regulación de la subcontratación, elemento esencial para las PYME ya que es una manera indirecta de acceder a los contratos públicos, desaparecen los límites porcentuales a la misma y se refuerza el pago a subcontratistas y suministradores respecto a lo establecido en la Ley de contratos anterior (irrenunciabilidad de los derechos reconocidos en cuanto al pago por parte del contratista, no siendo de aplicación el artículo 1.110 del Código Civil según el artículo 216.6).

También se suprime el supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía. Esta medida de fomento de la transparencia en los contratos favorece a la PYME que antes tenía más complicado

acceder a este tipo de procedimientos que solían tener cuantías relativamente bajas y normalmente se accedía mediante invitación.

La Ley también incide en todo lo relativo a la reducción de las cargas administrativas y el uso de medios electrónicos, aspectos altamente positivos para las empresas en general y para las PYME en particular. En este ámbito será crucial el que se lleve a efectos reales lo que dice la disposición adicional decimosexta: *las herramientas y dispositivos que deban utilizarse para la comunicación por medios electrónicos, así como sus características técnicas, serán no discriminatorios, estarán disponibles de forma general y serán compatibles con los productos informáticos de uso general, y no restringirán el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación (sic)*.

Es cierto que en el uso de los medios electrónicos las PYME se encuentran con verdaderas dificultades dado la gran disparidad de sistemas que se encuentran a la hora de relacionarse con la Administración pública. La estandarización de sistemas y aplicaciones, el uso de la firma electrónica, etc., provoca muchas veces que las PYME se vean abocadas o a no participar o a hacerlo a través de terceros lo que incrementa de manera desproporcionada sus costes y les resta competitividad. A pesar de los esfuerzos de las Administraciones públicas aún es una asignatura pendiente que, esperemos, con medidas como la de la Plataforma de Contratación del sector público, se vayan resolviendo.

En el uso de medios electrónicos y de reducción de cargas administrativas, destacar el nuevo procedimiento abierto simplificado para aquellos contratos de obras por debajo de dos millones de euros o para contratos de suministro o de servicios por debajo de los 100.000 euros (artículo 159). Dado que los plazos han de ser muy rápidos, no podrá haber criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor o, de haberlos, su ponderación no podrá superar el 25 por ciento del total (que pasa a ser de un 45 por ciento en el caso de que el objeto del contrato se refiera a prestaciones de carácter intelectual o de servicios de ingeniería o arquitectura).

El objetivo es que el contrato esté adjudicado en un plazo muy rápido. Sus trámites se simplifican, así, el anuncio de licitación únicamente precisará de publicación en el perfil de contratante; no procederá constitución de garantía provisional; se presentará la documentación en un solo sobre (salvo que haya criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor); no se exigirá la constitución de garantía provisional y resultará obligatoria la inscripción en el Registro de Licitadores, entre otros.

La publicidad de los contratos también es un tema a destacar en la nueva Ley. Ésta ya se contemplaba en la normativa anterior con la Plataforma de Contratación del Sector Público, reforzándose el papel de ésta con el objetivo de concentrar en un único portal toda la información de contratación de todas las Administraciones públicas españolas (Estado, Comunidades Autónomas y entes locales).

El artículo 347 de la nueva Ley regula la Plataforma de Contratación del Sector Público, estableciendo que los perfiles del contratante de los órganos de contratación de todas las entidades del sector público estatal deberán alojarse

de manera obligatoria en dicha Plataforma, gestionándose y difundándose exclusivamente a través de la misma.

Esta misma obligación se establece para los órganos de contratación de las Comunidades y Ciudades Autónomas, siempre que opten por crear su propia plataforma, de manera que haya un único punto de acceso a nivel regional. En cualquier caso, las Comunidades y Ciudades Autónomas deberán publicar, bien directamente o por interconexión, la convocatoria de todas las licitaciones y sus resultados en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Las entidades locales podrán optar por la plataforma de su Comunidad Autónoma (en caso de que exista) o por la estatal.

La morosidad tanto de las Administraciones públicas como de los contratistas principales cuando hay subcontratación es una preocupación constante de la Ley que se puede ver desde la Exposición de Motivos hasta su articulado y que culmina, diría yo, con la disposición adicional quincuagésima primera que regula por primera vez el pago directo a los subcontratistas.

Dicha disposición establece que el órgano de contratación podrá prever en los pliegos de cláusulas administrativas, se realicen pagos directos a los subcontratistas, dejando a un desarrollo posterior el cómo se hará. Es cierto que la Ley pone la primera piedra y será obligación de las Administraciones competentes darle cuerpo para que sea efectiva. No obstante, es una buena noticia que se contemple, ya que no era comprensible que al subcontratista se le exigieran los mismos requisitos que al contratista a la hora de contratar pero no se le tratara de manera equivalente a la hora de pagar.

Una vez hecho este repaso rápido a las principales medidas en favor de la PYME, sí me gustaría detenerme en un aspecto que considero muy importante para las empresas en general y para las PYME en particular que es el relativo al cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral que introduce la nueva Ley.

Efectivamente, la preocupación de la Ley en este ámbito ya se refleja en su Exposición de Motivos en la que recuerda que uno de sus objetivos es conseguir una mejor relación calidad-precio y, para ello, establece la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, aspecto éste que se consigue mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato. Además, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque no cumplan este tipo de obligaciones.

Así, la Ley establece en su artículo primero esta pretensión indicando *«En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos (sic).»*

Además, tal y como establece el artículo 201, las autoridades nacionales deberán tomar las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los

contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral según la normativa aplicable a España (sea nacional, europea o que provenga de acuerdos internacionales). Para ello, deberán incluir en los pliegos condiciones especiales de ejecución del contrato sobre alguna de estas materias (al menos una de acuerdo con el artículo 202). Los contratistas quedan obligados pero, además, deberán velar por que los subcontratistas cumplan estos requisitos. Así lo deja bien claro el artículo 215.4.

Esta nueva regulación no sólo se preocupa por que los órganos de contratación establezcan en sus pliegos determinadas garantías de calidad sino que va más allá ya que obliga a éstos a comprobar que efectivamente se están cumpliendo. Aunque tendremos que ir viendo el efecto real de esta medida, las PYME, en su papel de subcontratistas, van a tener que cumplir también estas exigencias lo que les va a obligar a encarar una mejora necesaria en su gestión laboral, social y medioambiental, si no la han hecho ya. Además, las grandes empresas, en su papel de contratistas, tendrán que habilitar colaboraciones que permita a sus proveedores, PYME en su mayoría, el cumplimiento real de estas obligaciones. Se da un impulso importante a la responsabilidad social empresarial de toda la cadena de valor y obliga, en cierta manera, a que las grandes empresas lideren estos cambios y trabajen de una manera más estrecha con sus proveedores, si cabe.

3. CONCLUSIONES

Aunque la nueva Ley de Contratos del Sector Público mejora de manera importante el panorama para las PYME respecto a la normativa anterior, no cabe duda que los poderes adjudicadores seguirán jugando un papel fundamental a la hora de facilitar y promover la participación de las PYME, como hemos venido repitiendo a lo largo de este capítulo.

Los poderes adjudicadores deberían establecer planes de actuación, aprovechando los límites legales. Como ya dice la Directiva de Contratación en sus Considerandos, es preciso alentar a los poderes adjudicadores a aplicar el Código Europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos. En este sentido, mencionemos, a modo de ejemplo, algunas medidas:

- Realizar la división en lotes acorde con las posibilidades de las PYME. Aunque no existe una regla general y que la división en lotes, seguramente, dependerá del tipo de contrato y de su importe, es más importante que los poderes adjudicadores se impongan esta regla evitando la aplicación, en la medida de lo posible, de las excepciones que establece la Ley.
- Impulsar la contratación electrónica. En ese sentido, es fundamental, como ya hemos comentado, que se vaya a soluciones generales. Para ello, es necesario trabajar con las asociaciones empresariales para definir

esas aplicaciones de uso general que no restrinja el uso de la PYME de estos medios.

- Garantizar los pagos en tiempo y comprobar los pagos del contratista a los subcontratistas, estableciendo condiciones a éste en caso de incumplimiento. La Ley ofrece muchas posibilidades tanto a la hora de establecer la solvencia del empresario, como en la comprobación de los pagos, lo que permite al órgano de contratación trabajar en aras a evitar la morosidad, elemento que lastra nuestra economía y la competitividad de nuestras empresas.
- Realizar actuaciones de promoción de la subcontratación, fomentando la relación entre grandes empresas y PYME. En este sentido, hay que aprovechar las obligaciones que en materia medioambiental, social y laboral impone la nueva Ley, de manera que se establezcan verdaderas alianzas entre grandes empresas y PYME haciendo que las primeras hagan de motor para la mejora de las segundas.
- Establecer tiempos adecuados para licitar y no quedarnos en los mínimos legales. Esto exige una programación de la contratación, aspecto que ahora ya contempla la Ley.
- Realizar encuentros o talleres con PYME, donde se les forme y oriente en cuanto a las condiciones de los contratos y forma de operar de la administración contratante.
- Establecer requisitos de capacitación y solvencia financiera no desproporcionados.

Otro elemento que muchas veces no tenemos en cuenta es el papel de las entidades locales que solo en el año 2016 licitaron contratos por importe de más de 397 millones de euros. La Administración Local es la administración más cercana a las empresas y las que pueden dar más oportunidades a las PYME de su municipio con los consiguientes beneficios para ambos.

Terminar recordando que la PYME juega un papel fundamental en la economía española como ya hemos mencionado en incontables ocasiones y que su desarrollo implica la mejora de la economía generando riqueza y prosperidad a la sociedad, objetivo de toda política económica. No cabe duda, que la contratación pública es un instrumento estratégico de la política económica, que bien utilizada, va a reportar beneficios tanto a la Administración pública como a los operadores económicos.

Por todo ello, los poderes adjudicadores deberían aplicar el código europeo de buenas prácticas y aprovechar todo el potencial que la Ley deja a los órganos de contratación para facilitar el acceso de la PYME a la contratación pública.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

COMISIÓN EUROPEA (2017), SBA Fact Sheet for Spain.
COMISIÓN EUROPEA (2017), Single Market Scoreboard.

COMISIÓN EUROPEA (2017), SME Performance Review.

MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD (2017), Informe de la PYME 2016.

WK ESTRATEGIA (2008), PYME y contratación pública: Informe de síntesis de la consulta pública sobre la «Ley de la pequeña empresa»;

COMISIÓN EUROPEA. COM (2008) 394 final. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Pensar primero a pequeña escala» «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas.

COMISIÓN EUROPEA. SEC (2008)2193. Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las pyme a los contratos públicos.

Capítulo 14

LAS CLÁUSULAS AMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN DEL SUMINISTRO ELÉCTRICO POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Pedro Corvinos Baseca

Abogado

SUMARIO: 1. El suministro eléctrico como servicio público: el contrato integrado de suministro. 2. La liberalización del suministro eléctrico: el contrato de acceso a redes y el contrato de compra de electricidad. 3. Hacia una contratación pública estratégica del suministro de electricidad. 4. El suministro eléctrico: la electricidad como mercancía y el acceso a redes como medio de entregarla a los consumidores. 5. El aprovisionamiento de energía eléctrica por las administraciones públicas. 5.1. El aprovisionamiento de energía eléctrica como medio para el cambio de modelo energético. 5.2. Formas de aprovisionamiento de energía eléctrica por las Administraciones públicas. 6. La compra de la electricidad en el mercado minorista: cláusulas ambientales. 6.1. Cláusulas ambientales en la LCSP. 6.2. Hecho diferencial del contrato de suministro de electricidad: la imposibilidad de identificar el origen de la energía suministrada por las comercializadoras. 6.3. Garantía de origen y etiquetado de la electricidad. 6.4. Aplicación de las cláusulas ambientales a la compra de electricidad en el mercado minorista. 6.4.1. Compatibilidad de las cláusulas ambientales en las distintas fases de la contratación del suministro de electricidad. 6.4.2. La exigencia de garantías de origen o etiquetado de la electricidad como criterio de adjudicación. 6.4.3. La exigencia de garantías de origen o etiquetado de la electricidad como requisito de solvencia técnica. 6.4.4. La exigencia de garantías de origen como condición especial de ejecución del contrato. 7. Contratación de electricidad en el mercado mayorista y compra de garantías de origen a los productores. 7.1. Contratación de electricidad por las administraciones públicas en el mercado mayorista. 7.2. Compra de garantías de origen a los productores de electricidad procedentes de fuentes renovables.

1. EL SUMINISTRO ELÉCTRICO COMO SERVICIO PÚBLICO: EL CONTRATO INTEGRADO DE SUMINISTRO

La contratación del suministro eléctrico representa uno de los gastos anuales más importantes de las Administraciones públicas. A pesar de ello, a las distintas Administraciones públicas les ha costado tomar conciencia de la importancia de llevar a cabo una contratación eficiente del suministro eléctrico. Probablemente una de las razones sea que hasta la liberalización del sector eléctrico, el suministro a los consumidores, incluidas las Administraciones públicas, se articulaba a través del denominado «contrato integrado de suministro». Su objeto incluía el suministro de la electricidad y el uso de las redes para transportarla al punto pactado. De manera que mediante el contrato integrado de suministro, la empresa distribuidora se comprometía a suministrar energía eléctrica al consumidor en un punto determinado y con las características técnicas de calidad establecidas reglamentariamente, correspondiendo al usuario el pago de la tarifa establecida. Es decir, el usuario de este servicio público tenía que contratar necesariamente con el distribuidor que le correspondía y pagar el precio regulado. No existía competencia en el mercado del suministro y, por tanto, la posibilidad de elegir entre varios suministradores¹.

Las Administraciones públicas a la hora de contratar el suministro eléctrico no se diferenciaban del resto de los consumidores; tenían que contratar con el distribuidor correspondiente y pagar el precio regulado. Precisamente por las peculiaridades de este contrato quedó excluido del ámbito de la Ley de Contratos del Estado (texto articulado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril). El apartado 3 del artículo 2 de esta Ley, excluía de su ámbito de aplicación a *«las operaciones que celebre la Administración con los particulares sobre bienes o derechos cuyo tráfico resulte mediatizado en virtud de disposiciones legales sobre productos intervenidos estancados o prohibidos»*, entre las que se incluía el suministro eléctrico. De manera que el contrato integrado del suministro eléctrico quedaba excluido de la legislación de contratos, rigiéndose por su normativa específica

La situación varía como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1993, recaída en el asunto C-71/92, en la que se declara que el Reino de España había incumplido las obligaciones impuestas en las Directivas 71/305/CEE, del Consejo de 26 de julio de 1971 y 77/62/CEE, del Consejo de 21 de diciembre de 1976, al mantener en vigor ciertas disposiciones que constituían una exclusión del ámbito de aplicación de la legislación nacional sobre contratación pública, refiriéndose expresamente al apartado 3 del artículo 2 de la Ley de Contratos del Estado.

Ello dio lugar a que en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) —que sustituyó a la Ley de Contratos del Estado de 1965— desapareciese la citada exclusión. Así pues, tras la entrada en vigor de la LCAP, el contrato integrado de suministro eléctrico, quedó compren-

1. NEBREA PEREZ, J M (1999).

dido en el ámbito de aplicación de la legislación de contratos de las Administraciones públicas.

El peculiar régimen jurídico de este contrato —debía de celebrarse necesariamente con la empresa distribuidora que correspondiese y por el precio regulado— hacía ciertamente difícil su encaje en la legislación de contratos de las Administraciones públicas. De ahí que inmediatamente después de la entrada en vigor de la LCAP, algún Ayuntamiento plantease sus dudas ante la Junta Consultiva de Contratación del Estado (en lo sucesivo JCCE) acerca del alcance de su aplicación a los contratos de suministro de energía eléctrica. La JCCE, en el informe 31/1996, de 30 de mayo, resolvió las cuestiones que se le planteaban concluyendo que el contrato integrado de suministro, a pesar de sus peculiaridades, era un contrato de naturaleza administrativa, debiendo utilizarse el procedimiento negociado, equivalente a la contratación directa, para la adjudicación necesariamente a la empresa distribuidora de la zona, a la que legalmente correspondía la prestación de ese servicio.

2. LA LIBERALIZACIÓN DEL SUMINISTRO ELÉCTRICO: EL CONTRATO DE ACCESO A REDES Y EL CONTRATO DE COMPRA DE ELECTRICIDAD

Esta situación se mantuvo hasta el año 2009, en que se produjo la total liberalización del sector eléctrico, prevista en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. La liberalización supuso, entre otras cosas y, por lo que aquí interesa, que algunas de las actividades destinadas al suministro eléctrico —las de producción y comercialización— pasaron a desarrollarse en régimen de libre competencia en el mercado. Mientras que otras actividades —transporte y distribución—, dado su carácter de monopolio natural, se configuraron como actividades reguladas, ejercidas en exclusiva por las empresas correspondientes.

La separación de las actividades destinadas al suministro y la diferente naturaleza que se les atribuyó, dio lugar en el momento en que se liberalizó plenamente el mercado minorista a la disgregación del contrato integrado de suministro en dos contratos de diferente naturaleza y con distinto objeto: el contrato de acceso a redes y el contrato de compra de electricidad. A partir de este momento la contratación del suministro eléctrico adquiere un nuevo sentido. Todos los consumidores, Administraciones públicas incluidas, tienen distintas opciones para adquirir energía eléctrica: mercado minorista, comprando a algunas de las comercializadoras que compiten, mercado de producción o contratos bilaterales con productores.

Pero la realidad fue, como se ha dicho, que los consumidores en general y las Administraciones públicas en particular, se dejaron llevar por la inercia y acabaron contratando con las denominadas en aquel momento comercializadoras de último recurso, vinculadas a las distribuidoras de la zona, con las que habían venido contratando el suministro a través del contrato integrado. De manera que en un primer momento la liberalización del mercado minorista apenas tuvo re-

percusión en lo que se refiere a las Administraciones públicas, dado que no se licitó la compra de electricidad. Y ello a pesar de que se les impuso la obligación de licitar dichos contratos en los plazos que se fijaron, penalizando su incumplimiento con un incremento del precio de la electricidad que les suministraban las comercializadoras de último recurso. A consecuencia de lo anterior y al menos por un tiempo algunas Administraciones pagaron un precio más elevado por la electricidad que se les suministraba, por no licitar la contratación para la compra de electricidad, impidiendo la competencia de otras empresas comercializadoras².

Lo cierto es que las Administraciones han sido muy reacias —algunas lo siguen siendo— a licitar la contratación del suministro eléctrico. Se ha apuntado como una de las causas, la inercia de contratar directamente el suministro con el distribuidor de la zona al precio fijado. Han habido otras causas; algunas Administraciones públicas han sido «capturadas» por las distribuidoras y las comercializadoras a ellas vinculadas para impedir la entrada de nuevas comercializadoras y la pérdida de cuota de mercado. Otra causa puede ser la complejidad de la contratación del suministro eléctrico.

Poco a poco, las Administraciones públicas han ido licitando los contratos de compra de electricidad, cumpliendo, al menos formalmente, lo exigido por la legislación de contratos del sector público, pero con resultados no del todo positivos. En algunos casos, las licitaciones se han quedado desiertas y en otros, la competencia no ha sido la esperada, con lo que no siempre se han conseguido los objetivos perseguidos. Es evidente que la contratación pública del suministro eléctrico no ha contribuido a incentivar la competencia en el mercado minorista, facilitando la entrada de nuevas comercializadoras. Además, sólo en casos puntuales se han utilizado los medios puestos a disposición de las Administraciones públicas para lograr una contratación eficiente, como las técnicas de compra conjunta a través de centrales de contratación y acuerdos marco.

3. HACIA UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA DEL SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD

Pero las cosas están cambiando. Algunas Administraciones públicas —en particular algunos Ayuntamientos— están tomando conciencia de las posibilidades que ofrece la contratación del suministro eléctrico. Esta toma de conciencia, sobre todo en el caso de algunos grandes Ayuntamientos, se enmarca dentro de la pretensión de asumir un mayor protagonismo en la gestión energética, proponiendo su propio modelo energético basado en la generación distribuida, en el fomento

2. La Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, que establecía el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica, contemplaba en el artículo 21 una penalización para aquellos consumidores que sin tener derecho a acogerse a la tarifa de último recurso —las Administraciones públicas en la mayor parte de sus puntos de suministro—, transitoriamente carecían de un contrato de suministro en vigor con un comercializador en el mercado libre.

de las energías renovables, en el ahorro y la eficiencia energética así como en resolver los problemas de los consumidores vulnerables. Esta intervención en la gestión energética se centra en el aprovisionamiento de la electricidad.

El caso más significativo es, sin duda, el de Barcelona que presentó un documento de medidas para lograr la «transición hacia la soberanía energética»³. Entre otras medidas, se planteaba la creación de una comercializadora municipal que compraría la electricidad procedente de instalaciones de energías renovables, situadas en Barcelona (producción ciudadana de km0, descentralizada), para el consumo en las instalaciones municipales y para la venta a otros consumidores. Al parecer, buena parte de la energía renovable adquirida tendría su origen en instalaciones de autoconsumo tanto públicas como privadas. La comercializadora municipal tendría también por objeto garantizar el suministro a personas en situación de vulnerabilidad.

Sin entrar ahora en disquisiciones acerca de si la legislación vigente atribuye a los Municipios competencias en materia de gestión energética, su alcance, y si les habilita a actuar en la forma que propone el Ayuntamiento de Barcelona, lo que resulta interesante es la transformación que se vislumbra tras estas propuestas en la posición de las Administraciones públicas respecto del suministro eléctrico.

Estas y otras propuestas surgen en un nuevo contexto en el que se apuesta decididamente por la concepción estratégica de la contratación pública, que, en lo que se refiere al suministro eléctrico, supone la introducción de criterios ambientales y sociales en las distintas fases de la compra de electricidad pero también por contemplar formas de aprovisionamiento distintas a la contratación en el mercado minorista, que permitirán incentivar el consumo de las energías de origen renovable. Lo que se persigue es una contratación eficiente del suministro eléctrico que contribuya, en la medida de lo posible, a un cambio de modelo energético.

En este sentido, la contratación pública ecológica (CPE) se configura como una importante herramienta para el logro de los objetivos de las políticas medioambientales relacionadas con el cambio climático, la utilización de los recursos y la producción y el consumo sostenibles. La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública (en adelante, Directiva 2014/24) y también la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que la traspone, apuestan decididamente por la CPE.

Se analizará aquí precisamente la repercusión que puede tener la CPE en la contratación del suministro eléctrico por las Administraciones públicas. La reflexión que hay que hacer es en qué medida la contratación del suministro eléctrico por las Administraciones públicas puede contribuir, si es que puede hacerlo, a la eficiencia energética, al fomento de las energías limpias y, en suma, a la transición hacia un nuevo modelo energético, que evite uno de los problemas ambientales más acuciantes como es el cambio climático.

3. El documento se denomina «Transició cap a la Sobirania energètica», elaborado en julio de 2016.

Para ello hay que analizar en qué consiste el suministro eléctrico, distinguiendo la contratación del acceso a las redes para el transporte de la energía eléctrica y la compra de electricidad, centrándonos en las características de la electricidad como bien objeto de contratación y en las distintas opciones que tienen las Administraciones públicas para la compra de este bien.

4. EL SUMINISTRO ELÉCTRICO: LA ELECTRICIDAD COMO MERCANCÍA Y EL ACCESO A REDES COMO MEDIO DE ENTREGARLA A LOS CONSUMIDORES

Es necesario determinar con precisión el objeto o, más bien, los objetos posibles del contrato de suministro eléctrico. No estamos, como pudiera pensarse, ante un contrato típico de suministro. Las características de la electricidad y la necesidad de transportarla en el momento en que se produce hasta entregarla al consumidor, ante la imposibilidad de almacenarla, hace que la contratación del suministro eléctrico presente perfiles muy particulares.

No está de más recordar que la energía eléctrica se obtiene a partir de diferentes tipos de energías primarias (carbón, gas, agua, viento, sol, combustible nuclear, etc.), mediante un proceso de transformación en el que se utilizan distintas instalaciones de generación tales como las centrales hidroeléctricas, térmicas, nucleares, eólicas, solares, etc. Existen notables diferencias entre las distintas tecnologías de generación en lo que se refiere a la estructura de costes, al impacto en el medio ambiente, a la gestión y a la seguridad que aportan al suministro.

Así, las energías renovables —en particular la eólica y la solar— se caracterizan por su escaso impacto ambiental y por su contribución a disminuir el consumo de combustibles fósiles y, consecuentemente, las emisiones de CO₂. Pero su producción es difícilmente predecible, además son intermitentes y de carácter poco gestionable, por lo que no aportan seguridad de suministro. Esta seguridad la aportan otras tecnologías como las centrales nucleares, que se utilizan como centrales base, y los ciclos combinados, fácilmente gestionables y con capacidad de respuesta inmediata a los picos de demanda o a los descensos de producción de las renovables por falta de viento o sol. Pero estas últimas tecnologías, que aportan seguridad al suministro, tienen, sin embargo, un impacto negativo sobre el medio ambiente: las centrales nucleares generan residuos radioactivos y, por su parte, los ciclos combinados —y demás centrales térmicas que utilizan combustibles fósiles— emiten CO₂.

De ahí que todas estas tecnologías sean necesarias ya que se complementan unas con otras para suministrar la energía demandada en cada momento, de la forma más adecuada posible en términos técnicos, económicos y medioambientales, teniendo en cuenta que al no ser la electricidad almacenable, la producción debe igualar a la demanda en todo momento.

La imposibilidad en la actualidad de almacenar grandes cantidades de energía unida a la necesidad de que exista una continuidad eléctrica evitándose interrupciones, exige poner en funcionamiento un complejo sistema que garantice

un suministro eléctrico seguro y de calidad. El Sistema Eléctrico incluye todas las instalaciones de generación de electricidad y transformación, líneas eléctricas de transporte y distribución, máquinas eléctricas, sistemas de protección, control y gestión, circuitos eléctricos dentro de las viviendas, comercios e industrias, etc., todos ellos interconectados entre sí⁴.

Así pues, la electricidad producida en cada momento entra en la red de transporte, mezclándose la generada en cada una de las instalaciones, renovables y no renovables, hasta llegar a través de la red de distribución a cada uno de los consumidores como un producto de idénticas características, de la misma calidad y sin que quepa identificar su origen.

Este rasgo, la imposibilidad de distinguir el origen de la electricidad suministrada al consumidor, condiciona, como se verá, la forma de plantear la contratación pública ecológica del suministro eléctrico. Los consumidores, las Administraciones públicas como consumidores, no tienen por regla general capacidad para elegir las fuentes de generación de la energía eléctrica que quieren consumir ni tampoco el medio a través del cual se transportará hasta los puntos de consumo.

Es preciso insistir en que el mix de generación —la combinación de las diferentes fuentes de energía que cubren el suministro eléctrico de un país— viene determinado fundamentalmente por la necesidad de garantizar la seguridad de suministro a un precio razonable y con el menor impacto posible en el medio ambiente. Lo lógico es que la combinación de las distintas fuentes de generación sea el resultado de un proceso de planificación en el que se valoren todos estos condicionantes.

5. EL APROVISIONAMIENTO DE ENERGÍA ELÉCTRICA POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

5.1. El aprovisionamiento de energía eléctrica como medio para el cambio de modelo energético

En la actualidad, uno de los objetivos fundamentales de las políticas ambientales de los distintos Estados es la lucha contra el cambio climático. Para hacer frente a este grave problema, es necesaria una profunda transformación de los

4. Una buena descripción del funcionamiento del sistema eléctrico en FABRA UTRAY, J. (2018). Se describe de la siguiente manera: «Un Sistema Eléctrico eficiente necesita disponer de centrales que permitan a su operador mantener —por el lado de la oferta— la igualdad entre la generación y el consumo... Y esto es, justamente, lo que puede hacer y hace el Sistema gracias a que cada central le presta un servicio distinto que permite al Operador componer un bien compuesto con la electricidad renovable de bajo coste, limpia y sin residuos, con la disponibilidad de centrales que garantizan al Sistema potencia firme, por otras centrales que le permiten seguir la curva de carga... otras de arranque instantáneo... prestando al Sistema servicios diferentes que, integrados en una operación unificada, hacen de la electricidad una energía útil. Los consumidores necesitan que la electricidad —para que les sea útil— les sea suministrada con una determinada y estricta calidad definida por la continuidad del suministro que debe realizarse con un voltaje estable y a una frecuencia constante... y por sí sola ninguna tecnología puede suministrar electricidad a los consumidores con semejante calidad».

actuales modelos energéticos, dado que dos tercios de las emisiones de gases de efecto invernadero se derivan de la producción y el uso de la energía.

La gravedad del problema del cambio climático y la necesidad de actuar dio lugar a la aprobación en el año 1992 de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático. En el año 1997, los gobiernos acordaron incorporar una adición a la Convención conocida con el nombre de Protocolo de Kioto, que entró en vigor en febrero de 2005. Se establece, por primera vez, objetivos de reducción de emisiones netas de gases de efecto invernadero para los principales países desarrollados y economías en transición. En esta línea, el Acuerdo de París, adoptado en diciembre de 2015, supone un paso más en la lucha mundial contra el cambio climático y se propone como objetivo una transición global que culminará en un modelo de desarrollo bajo en carbono.

También la Unión Europea dentro de su política de clima y energía ha definido un marco de actuación —establecido en las conclusiones del Consejo Europeo del 23 y 24 de octubre de 2014—, en el que se han fijado los siguientes objetivos: a) Objetivo vinculante de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero de la Unión por lo menos en un 40 % para 2030 con respecto a los valores de 1990; b) Objetivo vinculante de que la cuota de energías renovables dentro del consumo total de energía de la UE en 2030 sea como mínimo del 27 % y c) Objetivo indicativo consistente en que la eficiencia energética mejore al menos en un 27 % en 2030 con respecto a las previsiones de consumo energético futuro sobre la base de los criterios actuales.

Asimismo, la Comisión Europea presentó el 30 de noviembre de 2016, el paquete «Energía Limpia para todos» con el fin de impulsar la transición hacia una energía limpia⁵. Se apuesta por un sistema energético sostenible que garantice el suministro y pondere el crecimiento económico y el bienestar de los ciudadanos con la protección adecuada del medioambiente.

En este contexto, y con el objetivo de garantizar la consecución de los compromisos de España ante la UE en materia de energía y clima en el marco del Acuerdo de París, se está preparando el anteproyecto de ley de cambio climático y transición energética⁶. Mientras tanto, algunas Comunidades Autónomas se han anticipado al Estado, aprobando o teniendo en estado avanzado de tramitación, leyes destinadas a hacer frente al cambio climático y fomentando un nuevo modelo de energía. Así, Cataluña ha aprobado la Ley 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático y Euskadi lleva avanzada la tramitación del Proyecto de Ley de sostenibilidad energética de las Administraciones Públicas Vascas. Tanto la Ley

5. Véase Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones. Energía limpia para todos los europeos. Bruselas, 30.11.2016. COM(2016) 860 final.

6. Con carácter previo a la redacción del proyecto de Ley, se constituyó una comisión de expertos de transición energética, que acaba de emitir un informe que recoge alternativas analizando la combinación de las diferentes fuentes de energía, en el marco de una transición energética eficiente, sostenible y baja en carbono. Además, este informe contiene una serie de propuestas para la descarbonización de la actividad económica. Informe Comisión de Expertos de Transición Energética. Análisis y propuestas para la descarbonización. Abril 2018.

Catalana como el proyecto de Ley del País Vasco establecen las distintas actuaciones y medidas que deberán llevar a cabo las Administraciones Públicas para conseguir los ambiciosos objetivos propuestos. Entre las medidas previstas, está precisamente la compra por las Administraciones públicas de energía eléctrica procedente de fuentes renovables.

Lo cierto es que en algunas guías de compra pública ecológica y también en algunas instrucciones municipales de contratación sostenible, ya se prevé que en la compra de electricidad por las Administraciones públicas un porcentaje proceda de fuentes renovables⁷. Por otra parte, cada vez es más frecuente que los pliegos incluyan distintas cláusulas destinadas a garantizar que un parte de la energía eléctrica adquirida sea renovable.

Dicho lo cual, conviene señalar que, como se expondrá con detalle en el apartado siguiente, las Administraciones públicas pueden aprovisionarse de energía eléctrica de muy distintas formas. De ahí que la elección de la forma o formas de aprovisionarse sea determinante para conseguir el objetivo propuesto de fomentar realmente las energías renovables y, con ello, contribuir a la descarbonización del actual modelo energético.

5.2. Formas de aprovisionamiento de energía eléctrica por las Administraciones públicas

Las Administraciones públicas, como cualquier otro consumidor, pueden adquirir la energía eléctrica de distintas formas. Comprándola a alguna de las comercializadoras que intervienen en el mercado minorista mediante un contrato administrativo de suministro, sometido a la LCSP. Pueden también adquirirla en el mercado mayorista, bien como Consumidores Directos en Mercado o bien constituyendo una comercializadora que actúe como medio propio personificado. Y pueden celebrar contratos bilaterales con empresas dedicadas a la producción de energía eléctrica.

Por último, no hay que desconocer que las Administraciones públicas tienen la posibilidad de autoaprovisionarse mediante instalaciones de autoconsumo. Tendrán que utilizar instalaciones de autoconsumo en los nuevos edificios que ocupen o sean de su titularidad a partir del 30 de diciembre de 2018, como medio para lograr que sean edificios de consumo de energía casi nulo⁸.

7. En los criterios de Compra Pública Ecológica (CPE) de la UE aplicables a la electricidad, se establece como objeto, dentro de los criterios básicos, la adquisición al menos de un 50% de la electricidad generada a partir de fuentes renovables y/o generación de alto rendimiento. Y dentro de los criterios detallados, la adquisición de la electricidad procedente un 100% de fuentes de energía renovable.

8. Téngase en cuenta que los edificios nuevos que vayan a estar ocupados y sean de titularidad pública, deberán ser edificios de consumo de energía casi nulo después del 31 de diciembre de 2018 (DF segunda RD 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios). El edificio de consumo de energía casi nulo viene definido en la DA cuarta del Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero, por el que se transpone la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012,

Dado que las Administraciones públicas son multiconsumidores, al tener varios puntos de suministro, pueden utilizar al mismo tiempo varias formas de aprovisionamiento. Es decir, pueden comprar parte de su electricidad como Consumidores Directos en el Mercado; por ejemplo la destinada al alumbrado público. Otra parte, pueden comprarla a una comercializadora en el mercado minorista. Pueden también adquirir otra parte directamente a un productor de energía renovable, mediante un acuerdo de compra. Por último, parte de sus necesidades pueden ser satisfechas mediante instalaciones de autoconsumo.

La modalidad de aprovisionamiento que utilicen las Administraciones públicas, condicionará la forma de lograr los objetivos ambientales que caracterizan a la CPE. Como se ha dicho, lo que se persigue con la CPE de la electricidad, es contribuir al fomento de las energías de origen renovable, como medio para propiciar un cambio de modelo energético.

Se expondrán a continuación las distintas formas de aprovisionamiento, explicando en cada caso los medios de que disponen las Administraciones Públicas para lograr el cumplimiento de los objetivos ambientales señalados.

Dicho esto, hay que insistir en que la electricidad que reciben las Administraciones públicas a través de las redes, como cualquier consumidor, tanto si la adquieren directamente en el mercado mayorista como si la compran en el mercado minorista a una comercializadora, es la mezcla de la generada en las distintas instalaciones de producción, renovables y no renovables. No es posible, por tanto, identificar el origen de la energía eléctrica contratada y recibida a través de las redes. De ahí que para fomentar el consumo de energía eléctrica procedente de fuentes renovables se utilicen mecanismos como la garantía de origen y el etiquetado energético. Son precisamente estas garantías y etiquetas las que utilizan las Administraciones Públicas en las cláusulas ambientales de la contratación del suministro con las comercializadoras, cuestión a la que nos referiremos a continuación.

Así pues, la única forma que tienen las Administraciones públicas de consumir realmente energía eléctrica procedente de fuentes renovables, es comprarla directamente a las empresas que producen esta electricidad, mediante los denominados Acuerdos de Compra de Electricidad (PPA, acrónimo de Power Purchase Agreement). O bien, claro está, utilizando instalaciones de autoconsumo que generen este tipo de electricidad

relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía, en los siguientes términos: «Se define como edificio de consumo de energía casi nulo, en el ámbito de la Directiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios, aquel edificio con un nivel de eficiencia energética muy alto, que se determinará de conformidad con el anexo I de la citada Directiva. La cantidad casi nula o muy baja de energía requerida debería estar cubierta, en muy amplia medida, por energía procedente de fuentes renovables, incluida energía procedente de fuentes renovables producida «in situ» o en el entorno».

6. LA COMPRA DE LA ELECTRICIDAD EN EL MERCADO MINORISTA: CLÁUSULAS AMBIENTALES

6.1. Cláusulas ambientales en la LCSP

Según ha quedado expuesto, una de las formas de aprovisionamiento de energía eléctrica por las Administraciones públicas, la más habitual, es la compra a alguna de las comercializadoras que intervienen en el mercado minorista. La compra se realiza a través del contrato administrativo típico de suministro (artículo 16 d LCSP)

Es a esta forma de aprovisionamiento a la que se aplica plenamente la nueva concepción estratégica de la contratación pública, presente en la Directiva 2014/24, y en la LCSP que la traspone al ordenamiento jurídico español. Ya desde el artículo 1 de la LCSP se transmite la clara voluntad por esta nueva concepción estratégica de la contratación pública, cuando se dice en el apartado 3, que *«... se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social»*.

A partir de esta declaración inicial, la LCSP introduce distintas medidas para lograr la efectividad de los objetivos propuestos, en particular y, por lo que aquí interesa, los de carácter ambiental. Nos referiremos a continuación a estas medidas, siquiera de forma breve, para centrarnos después en su aplicación a los contratos de suministro de energía eléctrica⁹.

Ya en el primer momento, en la fase de preparación, al valorar la necesidad e idoneidad del contrato (artículo 28.2 LCSP) y a la hora de definir el objeto (artículo 35.1.c LCSP), deberán tenerse en cuenta consideraciones ambientales. Es muy importante que en la definición del objeto del contrato se tengan presente los objetivos ambientales que se persiguen con la licitación, habida cuenta de que las cláusulas ambientales que se incluyan en el pliego, ya como criterio de adjudicación ya como condición especial de ejecución, deben estar vinculadas al objeto del contrato.

La LCSP refuerza el papel de las cláusulas ambientales en la fase de adjudicación del contrato. El artículo 145.1 LCSP, en línea con la declaración contenida en el apartado 3 del artículo 1, establece que la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio Y se añade en su apartado segundo que la mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos, entre los que se podrán incluir aspectos medioambientales vinculados

9. Sobre cláusulas ambientales en la contratación pública, resulta interesante la exposición que hace POZO BOUZAS, E (2018).

al objeto del contrato. Estos aspectos medioambientales podrán referirse «... a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato».

Las consideraciones ambientales pueden estar también presentes en la fase de ejecución del contrato. Buena prueba del interés en que se incluyan cláusulas ambientales en la ejecución del contrato, es la regulación en el artículo 202 LCSP de las condiciones especiales de ejecución. El título de este artículo, «*Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden*», es toda una declaración de intenciones sobre la importancia que se otorga a las consideraciones medioambientales, también a las sociales y éticas, en la ejecución del contrato. En esta línea, supone una novedad la obligación de establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución referidas a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social. Entre las consideraciones de tipo medioambiental, se dice que podrán establecerse las que persigan la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero o el fomento del uso de las energías renovables. Eso sí, se exige que estas condiciones especiales de ejecución estén vinculadas al objeto del contrato, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

Otra de las novedades que la LCSP introduce en relación con los aspectos medioambientales, es la regulación —artículo 127— de las etiquetas ecológicas. Podrán ser exigidas por los órganos de contratación en las prescripciones técnicas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato como medio de prueba de que las obras, los servicios o los suministros cumplen las características ambientales exigidas.

6.2. Hecho diferencial del contrato de suministro de electricidad: la imposibilidad de identificar el origen de la energía suministrada por las comercializadoras

Una vez expuesto de forma general el tratamiento que da la nueva LCSP a las cláusulas ambientales, nos detendremos en la aplicación de estas cláusulas en la compra de electricidad en el mercado minorista. Y la cuestión clave es la exigencia de vinculación de estas cláusulas al objeto del contrato, cualquiera que sea la fase del iter contractual en que se incorporen: preparación, adjudicación o ejecución.

Se ha dicho ya que el objetivo ambiental que se persigue con la compra de electricidad por las Administraciones públicas, es el fomento a través del consumo de la energía procedente de fuentes renovables no fósiles, con el fin de

contribuir a la descarbonización del modelo energético y, de esta forma, mitigar el cambio climático. Un objetivo que encaja dentro de las políticas ambientales que en materia de energía y clima deben llevar a cabo las distintas Administraciones públicas. La propia LCSP en varios artículos se refiere específicamente a este objeto. Es, pues, un objetivo ambiental vinculado al objeto de este contrato de suministro¹⁰.

La compra de electricidad a una de las comercializadoras que intervienen en el mercado minorista es, como se ha dicho, un típico contrato administrativo de suministro. La peculiaridad de este contrato es el bien que se suministra: la energía eléctrica. Se ha expuesto anteriormente a grandes rasgos lo que caracteriza a la electricidad como bien objeto de suministro.

No obstante, conviene insistir al hilo de lo expuesto que ni las Administraciones públicas, ni ningún otro consumidor, pueden elegir el origen de la electricidad que quieren consumir. Las propias características del sistema eléctrico hacen que la electricidad generada por las distintas instalaciones que componen el mix de generación se mezcle al entrar en las redes de transporte y distribución. En consecuencia, no es posible diferenciar el origen de la electricidad que se consume, una vez que entra en las redes de transporte y distribución. Por tanto, hay que tener presente que la electricidad que en cada momento reciben los consumidores, es la mezcla de la que en ese momento están produciendo las distintas instalaciones de generación (mix de generación), que va variando; el mix de generación varía continuamente. Quede claro que es imposible identificar el origen de la electricidad suministrada a los consumidores por las empresas de comercialización¹¹.

10. La vinculación al objeto de contrato de suministro eléctrico, viene generando controversia en lo que se refiere a la introducción de cláusulas sociales de lucha contra la pobreza energética. Han sido varios los Ayuntamientos que al licitar este tipo de contratos han definido de forma amplia el objeto del contrato en los pliegos, incluyendo la lucha contra la pobreza energética, con el fin dar cobertura a las cláusulas que con este fin bien se incluyen como criterios de adjudicación o como condiciones especiales de la ejecución. La reciente Resolución de 2 de marzo de 2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), rechaza que pueda incluirse dentro del objeto de un contrato de suministro de energía eléctrica, la lucha contra la pobreza energética.

11. Sobre esta cuestión debe tenerse en cuenta el sugerente planteamiento de FABRA UTRAY, J. (2018). Considera este autor que es un paradigma falso considerar que todos los kWh son iguales y que, por consiguiente, todos deben competir simultáneamente en un mismo mercado. Mantiene que la electricidad producida con distintas tecnologías no es un bien homogéneo, señalando que. *«Las diferencias entre kWh's de distinto origen tecnológico es extrema. Sus diferentes costes fijos y variables de producción, la diferente accesibilidad a unas u otras tecnologías de generación y la naturaleza de la energía primaria utilizada por cada central eléctrica, determinan que cada kWh, según su origen tecnológico —que es también energético— preste un servicio diferente al Sistema Eléctrico, a la economía y al medioambiente, cuestiones estas dos últimas que se manifiestan, además, con efectos externos positivos y negativos que son, precisamente, los que nos obligan a descarbonizar la energía que consumimos y los que nos ofrecen oportunidades económicas que no pueden quedar desaprovechadas»*. En consecuencia, propone la sustitución del mercado de casación por la celebración de subastas por tecnología para que compitan entre sí tecnologías iguales o semejantes y que de esta manera revelen sus costes medios, lo que permitiría tomar en consideración los beneficios sociales y medioambientales de las tecnologías renovables.

Este hecho diferencial de la electricidad como bien suministrado por las comercializadoras, debería ser tenido en cuenta al analizar la vinculación al objeto del contrato de las cláusulas ambientales incluidas en los pliegos para el fomento de las energías renovables, como requisitos de solvencia, como criterio de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución.

6.3. Garantía de origen y etiquetado de la electricidad

Ante la imposibilidad de identificar el origen de la electricidad suministrada en cada momento a cada consumidor, se establece la denominada garantía de origen (GdO), que tiene por objeto fomentar la contribución de fuentes de energía renovable a la producción de electricidad y poder demostrar ante los consumidores finales que una cantidad determinada de energía se ha obtenido a partir de dichas fuentes, así como facilitar el comercio de electricidad producida a partir de fuentes de origen renovable¹².

La regulación de la GdO en España viene establecida en la Orden ITC/1522/2007, de 24 de mayo, modificada por la Orden ITC/2914/2011, de 27 de octubre y por la Orden IET/931/2015, de 20 de mayo¹³. Hay que tener en cuenta también la Circular 6/2012, de 27 de septiembre, de la entonces Comisión Nacional de Energía, que regula la gestión del sistema de garantía de origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia.

En esencia, la GdO es una acreditación, en formato electrónico, expedida por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) a solicitud de los titulares de las instalaciones de producción, que asegura que un número determinado de megavatios-hora de energía eléctrica producidos en una central,

12. Un análisis jurídico de las garantías de origen en ZURUTUZA ARIGITA, I. (2013)

13. La GdO venía regulada inicialmente en la Directiva 2001/77/CE relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad y en la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. Estas Directivas, en la parte referida a la GdO, fueron traspuestas a nuestro ordenamiento jurídico por la Orden ITC/1522/2007, de 24 de mayo, que establece la regulación de la garantía del origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia. La Orden ITC/1522/2007 fue modificada por la Orden ITC/2914/2011, de 27 de octubre, con el fin de trasponer las modificaciones introducidas en la regulación de la GdO por la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE. Posteriormente se ha dictado la Orden IET/931/2015, de 20 de mayo, por la que se modifica la Orden ITC/1522/2007, con el objeto de incorporar al derecho español el contenido del artículo 14.10 de la Directiva 2012/27/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE.

en un periodo temporal determinado, lo han sido a partir de fuentes de energía renovables o de cogeneración de alta eficiencia¹⁴.

Conviene destacar, por un lado, que la GdO acredita la procedencia de la electricidad producida pero no el origen de la suministrada por las comercializadoras, dado que resulta imposible, como ya se ha dicho. Y por otro lado, esta acreditación incluye, además de las fuentes de origen renovable, la tecnología llamada cogeneración de alta eficiencia, la biomasa y la incineración de residuos.

Las finalidades que se persiguen con la GdO son, como se ha dicho, el fomento de las fuentes de energía renovable a la producción de electricidad, el demostrar ante los consumidores finales que una cuota o cantidad determinada de energía se ha obtenido a partir de dichas fuentes y facilitar el comercio de electricidad producida a partir de estas fuentes.

Para ello está previsto que los productores de energías renovables puedan transferir estas acreditaciones a las empresas comercializadoras o a los consumidores finales. Estas garantías se cancelan por redención¹⁵, cuando se transmiten a un consumidor final, o por caducidad¹⁶, al transcurrir el plazo establecido sin que se hayan redimido. Lo que se persigue es crear un mercado de GdO, que funciona desvinculado de los mercados de suministro de electricidad (mayorista y minorista)

Una radiografía del mercado actual de las citadas GdO revela los siguientes rasgos: a) no toda la producción de origen renovable está acreditada mediante garantías de origen; b) la mayor parte de las garantías son transferidas a las comercializadoras y sólo una pequeña parte de las mismas son redimidas por entrega a los consumidores finales; y, c) el resto de garantías caducan en poder de las comercializadoras¹⁷. La conclusión a la que se puede llegar es que las garantías de origen las adquieren las comercializadoras con el fin de mejorar su «mix de comercialización», aunque sólo una parte son redimidas mediante su entrega a los consumidores finales. El sistema de GdO tal y como está configurado ha sido objeto de crítica. Así, MARCO MARCO, A. (2012), al valorar la implementación del

14. La GdO se aplica también a la energía generada a partir de la cogeneración de alta eficiencia. La cogeneración de alta eficiencia es aquella que aporta un porcentaje de ahorro de energía primaria, de acuerdo con los requisitos exigidos en el Anexo III del Real Decreto 616/2007, de 11 de mayo, sobre fomento de la cogeneración.

15. La redención es una de las formas de cancelación de las GdO. Se redimen una vez que el tenedor las transfiere a los consumidores finales de electricidad en sus facturas.

16. Las GdO caducan transcurridos 12 meses desde el mes de producción de la energía acreditada con las garantías, si no han sido redimidas por transmisión al consumidor final.

17. Los resultados anuales del sistema de garantías de origen y etiquetado de electricidad, son aprobados por la CNMC y publicados en su web. Acaban de publicarse los resultados correspondientes al año 2017 y se puede destacar los siguientes datos: 1) Las garantías expedidas representan el 30,4 % de la producción nacional total del 2017 y el 70,7 % respecto de la producción nacional procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración; 2) Las garantías transferidas a comercializadoras representan el 81,2% de las garantías expedidas para el 2017 y 3) Las garantías redimidas en consumidor final representan el 53,8% de las garantías recibidas por expedición / transferencia / importación para 2017.

sistema de GdO, concluye que aunque pudiera pensarse que contribuye indirectamente al incremento de las renovables «... *razonando que la demanda por parte de los consumidores conseguirá incrementar su producción; se puede comprobar que la oferta con fuentes de energía renovable es muy superior a la demanda específica de la misma, y además crece en mayor proporción, por lo que resulta ilusorio pensar que el adquirir »electricidad verde« contribuye por sí mismo a aumentar su producción».*

Además de la GdO, y con la finalidad de suministrar a los consumidores finales información fidedigna de la electricidad que consumen, se establece el mecanismo del etiquetado de la electricidad. Conviene recordar que la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (LSE) —al igual la anterior Ley 54/1997, de 27 de noviembre— impone a las empresas comercializadoras —artículo 46.1.m)— la obligación de « *Informar a sus clientes acerca del origen de la energía suministrada, así como de los impactos ambientales de las distintas fuentes de energía y de la proporción utilizada entre ellas*». El cumplimiento de esta obligación de información se hace efectivo mediante el etiquetado, que no viene regulado en la Ley ni tampoco en ninguna disposición reglamentaria, como sería deseable. La única regulación existente en este momento es la contenida en la Circular 1/2008, de 7 de febrero, de la Comisión Nacional de la Energía, de información al consumidor sobre el origen de la electricidad consumida y su impacto sobre el medio ambiente.

La información que dan las comercializadoras a los consumidores a través del etiquetado no se refiere al origen de la electricidad suministrada por ellas, dado que, como ha quedado dicho, no es posible su identificación. Ha de tenerse en cuenta que todas las comercializadoras, por regla general, suministran la misma electricidad mezclada en las redes, una vez adquirida en el mercado mayorista. Las comercializadoras se limitan a comprar y vender la electricidad, sin entrar en contacto con ella; desconocen el origen de la electricidad que compran y venden.

Cabe preguntarse entonces a qué se refiere la información contenida en el etiquetado de cada comercializadora, relativa a las fuentes de energía utilizadas y al impacto ambiental que producen. Esta información la elabora y aprueba cada año la CNMC. Con los datos a disposición de este órgano, calcula en primer lugar la mezcla de producción; es decir, el mix de producción de cada año, en el que se refleja la participación de cada una de las fuentes en la generación total de energía¹⁸. Una vez determinado el mix de producción, se calcula el denominado mix de comercialización «genérica»; es decir, el que correspon-

18. Según los resultados del sistema de garantías de origen y etiquetado de electricidad del año 2017, aprobados por la CNMC y publicados en su web, la aportación de las renovables al mix de producción supuso el 32%. El resto de la electricidad generada para satisfacer toda la demanda total, ha procedido de fuentes no renovables. Un dato que tiene que servir para reflexionar y plantearse qué sucedería si todas las Administraciones Públicas y el resto de consumidores, demandasen electricidad procedente de fuentes renovables. Sobre todo teniendo en cuenta que, de momento, por razones técnicas y económicas, la demanda no puede ser satisfecha mediante electricidad procedente de fuentes renovables.

de a aquellas comercializadoras que no han adquirido garantías de origen. El mix de comercialización de cada una de las empresas, se calcula teniendo en cuenta las garantías de origen adquiridas en el año anterior al que se aprueba el etiquetado.

Quede claro, pues, que la información que da el etiquetado no se corresponde con el origen de electricidad realmente suministrada por las comercializadoras a sus clientes y con el impacto ambiental que ésta tiene, sino que es el resultado de la compra de acreditaciones en el mercado de garantías de origen. Puede suceder, y de hecho sucede, como se ha visto, que una parte importante de estas garantías de origen adquiridas por las comercializadoras caduquen automáticamente al no entregarse en plazo a los consumidores finales.

El impacto ambiental que aparece en el etiquetado de cada comercializadora se calcula, lógicamente, a partir del mix de comercialización que resulta tras la adquisición de las garantías de origen. Atendiendo al impacto ambiental del mix de comercialización, se clasifica a las comercializadoras de la A a la G, donde la categoría A indica el menor impacto ambiental y la G el máximo impacto ambiental¹⁹.

Tras lo expuesto se puede comprobar como el etiquetado de la electricidad no es exactamente una «etiqueta», definida en el artículo 127.1 LCSP como «... cualquier documento, certificado o acreditación que confirme que las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos de que se trate cumplen determinados requisitos». El etiquetado de la electricidad, tal y como está configurado, no acredita en ningún caso el origen y características de la electricidad que se va a suministrar²⁰.

Las consideraciones que se han hecho en este apartado sobre la GdO y el etiquetado de la electricidad, son necesarias para poder entender la utilización que se viene haciendo de estos mecanismos en las licitaciones de contratos de suministro de electricidad, que incluyen cláusulas ambientales destinadas a fomentar las energías renovables.

19. En los resultados del sistema de garantías de origen y etiquetado de electricidad del año 2017, aprobados por la CNMC y publicados en su web, se puede comprobar el mix de comercialización de las empresas comercializadoras que han adquirido GdO, el impacto ambiental que producen y su clasificación.

20. Se podrían utilizar las etiquetas ecológicas previstas en el artículo 127 LCSP, como medio para acreditar el origen renovable de la energía que se va a suministrar directamente desde instalaciones de generación mediante fuentes renovables. Piénsese en un comercializador que adquiere directamente mediante un contrato bilateral la electricidad generada mediante fuentes de origen renovable. O que una Administración adquiere directamente la electricidad de quien la produce mediante fuentes renovables.

6.4. Aplicación de las cláusulas ambientales a la compra de electricidad en el mercado minorista

Lo hasta aquí expuesto permite hacer un análisis realista de la aplicación de las cláusulas ambientales —en particular, del objetivo ambiental del fomento de las energías renovables— en la compra de electricidad en el mercado minorista. Por otra parte, existen ya algunas experiencias de inclusión de este tipo de cláusulas ambientales (y también sociales: lucha contra la pobreza energética) en los pliegos para la licitación de contratos de suministro eléctrico, que han dado lugar a diversos conflictos resueltos por los Tribunales Administrativos de contratación pública. Las resoluciones de estos tribunales dan algunas pautas que deberán tenerse en cuenta al aplicar estas cláusulas ambientales (y también sociales) en la contratación del suministro eléctrico.

6.4.1. Compatibilidad de las cláusulas ambientales en las distintas fases de la contratación del suministro de electricidad

Las cláusulas ambientales que se vienen utilizando en la licitación de estos contratos giran, por regla general, en torno a las garantías de origen y al etiquetado de la electricidad. Se exige que se acredite por parte de las comercializadoras que la totalidad o una parte importante de su mix de comercialización lo representan las energías renovables²¹.

Ya se ha dicho que este tipo de cláusulas ambientales pueden incluirse en las distintas fases de la contratación, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato. Una de las cuestiones que se ha planteado es si la misma cláusula ambiental puede ser utilizada (acumulativamente) en distintas fases de la contratación. Es frecuente que los pliegos incluyan este tipo de cláusulas en varias fases, como criterio de adjudicación y como condición especial de ejecución del contrato. Sobre esta controvertida cuestión se han pronunciado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACP), en la Resolución nº 256/2017, de 19 de septiembre y más recientemente el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en la Resolución nº 1148/2017, de 1 de diciembre.

21. Entre los criterios establecidos en el borrador del Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (2018-2025), en trámite de información pública, se incluye en la parte dedicada a la compra de electricidad lo siguiente: *«Principales especificaciones técnicas y/o criterios de adjudicación que pueden ser tenidos en cuenta por los órganos de contratación:*

Incluir como especificación técnica que al menos un 50% de la electricidad suministrada proceda de fuentes renovables o de cogeneración de alto rendimiento, tal y como se definen en la Directiva 2009/28/CE y la Directiva 2004/8/CE, respectivamente.

Incrementar progresivamente esta exigencia en un 10% en cada año, a partir de 2020, con el objetivo de llegar, en el año 2025, a un 100% de suministro de electricidad de fuentes renovables.

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares determinarán la forma y la periodicidad en la que el contratista deberá acreditar el cumplimiento de estos requisitos».

El TACP, en la Resolución 256/2017, se pronuncia sobre la compatibilidad de incluir en el pliego el etiquetado de la electricidad como criterio de adjudicación junto con la exigencia de presentar garantías de origen de la electricidad suministrada, como condición especial de ejecución. Después de analizar la finalidad perseguida con cada uno de estos mecanismos, se llega a la siguiente conclusión: *«... se trata de dos criterios de contenido medioambiental con contenido diferenciado lo que, en principio, no duplica las exigencias medioambientales. El informe del Ayuntamiento explica que se pretende conseguir con ellas objetivos estratégicos diferentes, de un lado el fomento de la energía renovable y de otro la lucha contra el cambio climático mediante la reducción de emisiones de CO₂»*.

Para el TACP, el etiquetado de la electricidad tiene por finalidad informar a los consumidores sobre la mezcla de energías que conforman el mix de comercialización de cada empresa comercializadora y sus emisiones de CO₂ y residuos nucleares de alta actividad. Mientras que la garantía de origen exigida como condición especial de ejecución del contrato, es la manera de garantizar que la energía que se vaya a suministrar, durante cada uno de los años de duración del contrato, es de origen renovable y de cogeneración de alta eficiencia. Se argumenta al respecto que *«La etiqueta no garantiza ni informa sobre la energía suministrada a un cliente final concreto, eso lo hace la Garantía de Origen, si bien en los consumidores finales dado que la energía que llega es indistinguible de la de otros consumidores conectados al mismo sistema eléctrico, puede entenderse que el desglose de mezclas genérico de la comercializadora es el mismo del que participa su suministro»*. En consecuencia, se concluye que *«... al no valorarse los mismos conceptos, con carácter genérico, no existe la duplicidad invocada por la recurrente aunque la admisión de lo alegado al caso concreto que estamos analizando se verá en los fundamentos siguientes»*

El TACRC, en la Resolución nº 1148/2017, resuelve un asunto parecido. En este caso se cuestiona también la compatibilidad de incluir como criterio de adjudicación el que se acredite mediante garantías de origen que en los tres ejercicios anteriores se haya suministrado únicamente energías renovables a sus clientes, a razón de un tercio de la puntuación máxima por cada año en que se cumpla ese criterio. Y como condición especial de ejecución, exigiéndose que los licitadores se comprometan a suministrar durante la ejecución del contrato el 100% de la energía obtenida de fuentes renovables, acreditándolo también mediante garantías de origen.

El TACRC, en la referida Resolución, considera *«...que es posible el que una condición especial de ejecución y alguno de los criterios de valoración compartan una idéntica finalidad medioambiental (o de otro tipo) a condición de que interpretadas conjuntamente las estipulaciones que las contienen, se constate que las primeras regulan un mínimo común de obligaciones exigibles a todos los licitadores, y las segundas permitan una mayor valoración de las proposiciones que ofrezcan mejoras de esos niveles obligatorios»*. Y concluye que aunque las cláusulas controvertidas *«... obedecen a una misma finalidad medioambiental, no se refieren a los mismos aspectos de la prestación por lo que no es posible es-*

timar el recurso por ser el criterio de adjudicación una mera reproducción de la condición especial de ejecución»

En resumen, tanto el TACP como el TACRC consideran compatible incluir este tipo de cláusulas ambientales como criterios de adjudicación y como condiciones especiales de ejecución del contrato.

6.4.2. La exigencia de garantías de origen o etiquetado de la electricidad como criterio de adjudicación

Es frecuente que algunos pliegos incluyan como criterio de adjudicación el que las entidades licitadoras acrediten mediante GdO o mediante el etiquetado de la electricidad que la energía suministrada a sus clientes ha procedido de fuentes renovables. El porcentaje que se atribuye a este criterio de adjudicación varía de unos casos a otros.

Como ha quedado explicado, ni las garantías de origen ni el etiquetado de la electricidad acreditan el origen renovable de la electricidad que va a suministrarse a través de la red al consumidor, dado que resulta imposible. Lo que acreditan o de lo que informan estos mecanismos es del mix de comercialización de cada comercializadora, teniendo en cuenta las garantías de origen adquiridas por éstas²².

Así las cosas, la cuestión que se viene planteado es si este criterio de adjudicación cumple con el requisito de vinculación al objeto de contrato, tal y como exige el artículo 145.1 LCSP. Sobre esta cuestión se han pronunciado también el TACRC y el TACP en las referidas Resoluciones.

Al TACRC se le plantea si está vinculado al objeto del contrato el criterio de adjudicación consistente en acreditar mediante garantías de origen que las entidades licitadoras en los tres ejercicios anteriores habían suministrado únicamente energías renovables a sus clientes, a razón de un tercio de la puntuación máxima por cada año en que se cumpla ese criterio. La conclusión es clara al rechazar la vinculación al objeto del contrato, argumentando «... *que no se aprecia relación alguna con la prestación del suministro de energía en baja y media tensión a tres instalaciones de la empresa Municipal de Transportes de Valencia durante los próximos 24 meses con que los licitadores hayan distribuido en los ejercicios anteriores únicamente energías renovables de acuerdo con los certificados expedidos por la CNMC. Dicho de otra forma, la actuación pasada de un licitador con terceros ajenos a la entidad contratante no presenta el necesario nexo causal con el objeto del contrato, sencillamente porque dicho aspecto no afecta a*

22. Resulta curioso que las cláusulas ambientales en las licitaciones de los contratos de suministro giren siempre en torno a las garantías de origen y al etiquetado de la electricidad, y no se valore que la energía suministrada proceda realmente de fuentes renovables. Si realmente el objetivo que se persigue con estas licitaciones es el fomento de las energías renovables, debería incentivarse que al menos parte de la electricidad suministrada por la comercializadoras procediese directamente de fuentes renovables próximas a los puntos de consumo. Sería una buena forma de incentivar por las Administraciones públicas los denominados acuerdos de compra de electricidad con productores de energías renovables (PPAs)

la configuración de la prestación que se contrata. A este respecto, téngase en cuenta que la recurrente ha demostrado que los operadores económicos que distribuyen energía pueden ver alterado sus certificaciones de energía renovable comercializada de un ejercicio a otro con una relativa frecuencia de manera que el aspecto que se valora no tiene por qué incidir en la ejecución del contrato».

En síntesis, lo que viene a decir el TACRC en esta Resolución es que no tiene nada que ver el origen renovable de la electricidad suministrada por las comercializadoras a sus clientes en años anteriores, acreditada mediante las garantías de origen adquiridas, con el de la energía eléctrica que habrán de suministrar a la Administración contratante.

La cuestión que se le plantea al TACP es si el etiquetado de la electricidad establecido en el pliego como criterio de adjudicación infringe los principios de la contratación pública; en particular, el principio de no discriminación y, en relación con este, el de la vinculación con el objeto del contrato. Se adjudicaban puntos según la clasificación atribuida a las comercializadoras en el etiquetado de la electricidad en el año anterior a la licitación, en función del impacto ambiental del mix de comercialización: *«Si el etiquetado de la electricidad en cuanto a emisiones de CO₂ del licitador durante el año 2016 es A, se concederán 5 puntos en dicho apartado, si es B, se concederán 2 puntos y si es C, se concederá 1 punto. En el resto de etiquetados se concederán 0 puntos».*

La Resolución del TACP argumenta que el requisito de la vinculación al objeto del contrato se viene entendiendo en el sentido de que los criterios de adjudicación deben referirse a los aspectos de la oferta, es decir, a las condiciones bajo las que los licitadores proponen la ejecución de la prestación contratada. En cambio, no caben como criterios de adjudicación los aspectos referidos a las características de la empresa, que **sólo son aceptables como criterios de determinación de la solvencia**.

En consecuencia, se considera que puede incluirse como criterio ambiental de adjudicación, por estar vinculado al objeto del contrato, la valoración de la mejor oferta en función del impacto en emisiones de CO₂. Ahora bien, se dice que el etiquetado de la electricidad no cumple esta función dado que, como se ha explicado, se limita a informar sobre el mix de comercialización de las distintas comercializadoras, obtenido a partir del mix de producción y teniendo en cuenta las garantías de origen adquiridas por cada una de ellas.

Se argumenta al respecto lo siguiente: *«Pero en el caso del pliego que nos ocupa se puntúa la distribución mayoritaria de energías renovables como característica subjetiva de la comercializadora con independencia de la energía que es objeto del contrato. Podría admitirse la naturaleza objetiva del criterio, en este momento y en este caso si se está valorando no el origen de la energía contratada en el año n-1 por la comercializadora sino el impacto en emisiones de CO₂ de la energía que concretamente se oferte al Ayuntamiento»* Y se añade: *«Ocurre, sin embargo que la etiqueta se expide a la comercializadora no por el suministro concreto que hará al Ayuntamiento (energía de procedencia de fuentes renovables o cogeneración de alta eficiencia), lo que permitiría comparar la menor emisión de CO₂ de la energía que se compra, sino por un etiquetado para su cuya obtención se han tenido en*

cuenta todas las fuentes de obtención de la energía distribuida por la comercializadora entre las que puede figurar carbón, fuel, gas u otras más contaminantes que la que es objeto de compra en el contrato»

Con una argumentación no del todo clara, el TACP, en línea con el criterio que mantiene el TACRC, concluye la falta de vinculación con el objeto del contrato del etiquetado de la electricidad como criterio de adjudicación, dado que no permite valorar la mejor oferta en función del impacto en emisiones de CO₂ de la energía suministrada.

Pero es que, como se ha dicho reiteradamente, es imposible identificar el origen de la energía eléctrica suministrada a través de la red y, en consecuencia, determinar el impacto que tiene en emisiones de CO₂.²³ La única posibilidad de acreditar el origen renovable de la electricidad suministrada es adquirirla directamente de quien produzca energía eléctrica procedente de fuentes renovables.

6.4.3. La exigencia de garantías de origen o etiquetado de la electricidad como requisito de solvencia técnica

En algunos casos caso se ha exigido en los pliegos como requisito de solvencia técnica, la acreditación de que la energía comercializada sea 100 % de origen renovable²⁴. Es decir, se exige que mediante el etiquetado de la energía se acredite que, como consecuencia de las GdO adquiridas por la comercializadora a productores, su «mix de comercialización» es 100% renovable. La exigencia de este requisito supone que un buen número de empresas comercializadoras —sobre todo las que comercializan un mayor volumen de energía— no puedan cumplirlo, dado que, como es fácil entender, las garantías de origen que pueden adquirir las empresas comercializadoras no alcanzan a cubrir toda la energía demandada por los consumidores.

Así ha sucedido en los pliegos del acuerdo marco para el suministro de energía eléctrica renovable del Ayuntamiento de Madrid. Tres de las grandes empresas comercializadoras que no han podido concurrir a la licitación por incumplir este requisito, interpusieron un recurso especial ante el TACP, que ha sido desestimado mediante resolución nº 110/2018, de 18 de abril.

23. Lo realmente importante es el impacto ambiental —en particular, las emisiones de CO₂— que tiene el mix de producción. Debe tenerse en cuenta que incluyendo estos criterios de adjudicación ni se van a incentivar las renovables (hay más oferta de energía renovable que demanda, a pesar de lo cual sigue incrementándose, por lo que cabe concluir que son otros los incentivos) ni se van a reducir las emisiones de CO₂. Por el hecho de que el Ayuntamiento de Madrid le compre la electricidad a una comercializadora con la clasificación A en su etiquetado no se van a reducir las emisiones de CO₂ derivadas del mix de producción. En cambio, la introducción de estos criterios, introduce restricciones a la competencia.

24. Este requisito de solvencia técnica se exigió en la licitación del contrato de suministro eléctrico realizada por la Entidad Pública Empresarial Local Aguas de Valladolid. Finalmente, la entidad adjudicataria quedó excluida al no poder acreditarlo. Interpuso recurso especial contra el acto de exclusión, que fue desestimado mediante Resolución 57/2017, de 15 de agosto del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, argumentando que los pliegos habían sido aceptados, sin que se cuestionase este requisito de solvencia técnica.

Como ha quedado expuesto, el TACP ya se había pronunciado en la resolución nº 256/2017 sobre la inclusión de esta misma cláusula ambiental pero como criterio de adjudicación del contrato. Se consideró entonces que la inclusión del etiquetado de la electricidad de las empresas comercializadoras como criterio de adjudicación, no estaba vinculado al objeto del contrato, dado que no permitía valorar la mejor oferta en función del impacto en emisiones de CO₂ de la energía suministrada.

En la reciente resolución del TACP se analiza si esta misma cláusula ambiental —etiquetado de la electricidad, categoría A, que garantice que el mix de comercialización es 100 % renovable— puede incluirse como requisito de solvencia técnica. Se dice en la resolución que la solvencia técnica tiene por objeto acreditar la aptitud del licitador para acometer la futura ejecución del contrato. Así pues, la cuestión que se plantea es si sólo aquellas comercializadoras que han obtenido la categoría A en el etiquetado de la electricidad emitido anualmente por la CNMC, tienen aptitud para ejecutar el contrato de suministro de electricidad de origen renovable. Y se concluye:

«Es cierto que la etiqueta de electricidad tampoco acredita que la energía comercializada a futuro sea 100% renovable, ni que aquellas empresas que lo obtengan tengan mayor capacidad de ejecutar el contrato suministrando energía renovable que otras que comercializando un mix de fuentes, pero sí que la ya comercializada en un periodo temporal determinado previo tuvo tal origen renovable. En consecuencia, si solo comercializa energías de origen renovable la que suministre tendrá necesariamente dicha composición sin mezclas y como hemos señalado los criterios de solvencia se refieren a la experiencia y calidad de la actividad realizada con anterioridad por los licitadores. La posibilidad de requerir experiencia previa como criterio de solvencia técnica se recoge en el artículo 77.1.a) del TRLCSP».

Es decir, el Tribunal justifica la exigencia de este requisito de solvencia técnica en que el etiquetado garantiza que la energía que ha sido suministrada por la comercializadora es de origen renovable, lo que le lleva a suponer que también lo será la que suministre en cumplimiento del contrato; argumenta al respecto que: *«Al exigir que la empresa licitadora suministre toda su energía con origen íntegramente renovable se consigue al menos garantizar que está capacitada para hacerlo. Al exigir además como objeto del contrato el suministro de energía renovable, dicha exigencia se proyecta durante la ejecución del contrato y la condición de aptitud debe mantenerse a lo largo de la vida del contrato».*

Ante este razonamiento para justificar la exigencia de este requisito de solvencia técnica, es preciso señalar que el hecho de que una comercializadora haya obtenido en un año determinado la categoría A en el etiquetado de la electricidad, no la capacita para suministrar energía de origen renovable, simplemente porque, como se viene diciendo, toda la electricidad suministrada por las distintas comercializadoras es la misma, al mezclarse en la red. Por tanto, no tiene sentido exigir el etiquetado de la electricidad como requisito de sol-

vencia técnica, siendo que la energía eléctrica suministrada es la misma, independientemente de la comercializadora que la suministre.

La exigencia de este requisito limita la concurrencia de comercializadoras y no garantiza que aquellas a las que se reconoce el etiquetado en la categoría A, tengan una especial capacidad para suministrar energía de origen renovable. El Tribunal, desde luego, no pondera en este caso si esta restricción está justificada y es proporcionada.

6.4.4. La exigencia de garantías de origen como condición especial de ejecución del contrato

Se suele incluir como condición especial de ejecución en los contratos de suministro de electricidad, que acredite la comercializadora adjudicataria mediante la aportación de GdO que la energía suministrada durante la ejecución del contrato es en su totalidad de origen renovable. O, para ser más precisos, se le exige que acredite que ha adquirido garantías de origen que cubren la totalidad de la energía que se suministrará.

Esta condición esencial de ejecución, no ha sido cuestionada por las empresas comercializadoras dado que no tienen problemas para adquirir en el mercado las garantías de origen necesarias para cubrir la energía suministrada a las Administraciones contratantes que imponen esta condición. Además, se considera que esta condición está vinculada al objeto del contrato al referirse a la energía que se suministra y no a la energía suministrada a otros consumidores, como sucede cuando esta exigencia se configura como criterio de adjudicación o requisito de solvencia técnica.

7. CONTRATACIÓN DE ELECTRICIDAD EN EL MERCADO MAYORISTA Y COMPRA DE GARANTÍAS DE ORIGEN A LOS PRODUCTORES

7.1. Contratación de electricidad por las Administraciones públicas en el mercado mayorista

Ya se ha dicho que las Administraciones públicas, además de comprar la electricidad en el mercado minorista mediante la celebración de un contrato administrativo de suministro con la comercializadora que resulte adjudicataria de la licitación, pueden comprarla en el mercado mayorista.

Las Administraciones públicas pueden ser sujetos del mercado de producción y participar como agentes en el mercado diario para la compra de electricidad. La LSE, al regular los distintos sujetos que desarrollan actividades de suministro, contempla —artículo 6.1.g—, entre otros, a aquellos consumidores que adquieran energía directamente en el mercado de producción, denominados Consumidores Directos en Mercado. Existen ya experiencias de

Municipios que compran la electricidad en el mercado mayorista como consumidores directos²⁵.

La peculiar organización y funcionamiento de este mercado regulado, hace difícil su encaje en la legislación de contratos del sector público. El mercado de producción de energía eléctrica —denominado mercado mayorista— se define (artículo 8.1 LSE) como «aquel integrado por el conjunto de transacciones comerciales de compra y venta de energía y de otros servicios relacionados con el suministro de energía eléctrica».

La contratación se produce en un mercado organizado, intensamente regulado, en el que intervienen distintos sujetos, algunos de los cuales presentan ofertas de venta de la electricidad que producen y otros —fundamentalmente empresas comercializadoras y consumidores directos— presentan ofertas de adquisición, correspondiendo al operador del mercado «OMI-POLO ESPAÑOL S.A.» (OMIE) la gestión de las ofertas de compra y venta.

El correcto funcionamiento de este mercado requiere una detallada regulación que establezca las condiciones generales de acceso de los sujetos a los diferentes segmentos del mercado organizado, diseñe la infraestructura institucional necesaria y fije las normas básicas de funcionamiento. Esta regulación se contiene en la LSE, en el Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica (en lo sucesivo RD 2019/1997) y en las Reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de producción de energía eléctrica.

Esta intensa regulación limita la capacidad de las partes para pactar. En este sentido el artículo 8.1 LSE dispone que los sujetos que actúen en el mercado de producción «podrán pactar libremente» los términos de los contratos de compra-venta de energía eléctrica que suscriban, respetando las modalidades y contenidos mínimos previstos en la presente ley y en sus reglamentos de desarrollo. El artículo 7.1 del RD 2019/1997, por su parte, exige como requisito para poder participar como agentes en el mercado diario, el haberse *adherido* expresamente a las reglas y condiciones de funcionamiento y liquidación del mercado, mediante la firma del correspondiente contrato de adhesión.

La contratación en este mercado se caracteriza por el cruce de ofertas de venta —que obligatoriamente, por regla general, deben de realizar los productores— y de adquisición de energía que, como ha quedado dicho, casa el operador del mercado (OMIE) Este peculiar sistema de entrecruzamiento de ofertas de venta y adquisición, determina que el contrato se entienda perfeccionado y formalizado en el momento de la casación, y ejecutado cuando se haya producido el suministro de energía eléctrica (artículo 24.2 LSE)

Otro rasgo a tener en cuenta es que la pluralidad de sujetos que intervienen en este mercado ofreciendo la compra y la venta de electricidad, impide al comprador, al menos inicialmente, saber quién es la entidad de quién adquiere la electricidad y, viceversa, impide al vendedor conocer a quien vende la electrici-

25. Sobre la compra de electricidad por los Municipios en el mercado mayorista, CORVINOS BASECA, P. (2016)

dad producida. La identificación del comprador y del vendedor se produce al final, una vez que, despachada la electricidad, el OMIE ha practicado las liquidaciones correspondientes.

El precio del contrato no es en este caso, como suele ser habitual en todo contrato, el que las partes pactan libremente. Al tratarse de un mercado marginalista, en el que los agentes participantes presentan sus ofertas de venta y adquisición para cada una de las 24 horas del día siguiente, el precio para cada una de las horas viene determinado por la casación de estas ofertas realizada por un algoritmo. Quede claro, pues, que el precio que para cada una de las horas resulte de la casación se aplicará a todos los que hayan vendido y comprado energía en ese periodo de programación.

Así pues, es evidente que la regulación de la organización y funcionamiento de este mercado y de la contratación que en él se efectúa, contenida en la legislación del sector eléctrico, no encaja con lo establecido en la legislación de contratos del sector público, que no contempla la contratación por las Administraciones públicas en un mercado organizado, en el que se contrata la energía por horas, mediante un peculiar sistema de casación de ofertas de venta y adquisición.

7.2. Compra de GdO a los productores de electricidad procedentes de fuentes renovables

El peculiar funcionamiento de este mercado marginalista, hace que los compradores, ya sean empresas comercializadoras o consumidores directos en mercado, no puedan elegir la electricidad que compran en función de su origen. Compran la electricidad que cada productor ofrece en el mercado diario, en el intradiario o en el de ajustes, sin que pueda distinguirse su origen. Además, la electricidad adquirida en el mercado mayorista se mezcla cuando desde las distintas instalaciones de producción se introduce en las redes de transporte y distribución. Así pues, las Administraciones públicas como consumidores directos en mercado, tampoco pueden elegir el origen de la electricidad que adquieren.

En consecuencia, si pretenden acreditar que la electricidad comprada en el mercado mayorista es de origen renovable, no tienen más remedio que acudir al mercado de garantías de origen para adquirir aquellas que sean necesarias para dar cobertura a toda la electricidad comprada en este mercado. Como ya se ha dicho, estas garantías las expide la CNMC a solicitud de los productores de electricidad procedente de fuentes de energías renovables y consiste en una anotación en la cuenta correspondiente a la instalación de la electricidad producida.

Las transferencias de cualquier garantía de origen habrán de ser solicitadas por el tenedor de la garantía a la CNMC para que proceda a la anotación en la cuenta correspondiente que forma parte del denominado Sistema de Garantía de Origen.

De manera que las Administraciones públicas que quieran acreditar el origen renovable de la electricidad comprada en el mercado mayorista, tendrán que adquirir las garantías de origen de los productores tenedores. Así pues, lo que tie-

nen que adquirir las Administraciones públicas son acreditaciones anotadas en el Sistema de Garantía de Origen, gestionado por la CNMC. La duda que surge es si, habida cuenta la peculiar naturaleza de lo que se adquiere, el contrato que se celebre deber estar sometido o no la LCSP.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CORVINOS BASECA, P. (2016): *«La compra de electricidad por los Municipios en el mercado mayorista»*, <http://pedrocorvinosabogado.es/blog/>
- FABRA UTRAY, J. (2018): *«Tres pilares de la Transición Energética»*, <https://economistasfrentealacrisis.com/tres-pilares-de-la-transicion-energetica/>
- MARCO MARCO, A. (2012): *«Renovables, transparencia y Mercado (el sistema de garantía de origen de la electricidad en España)»*, Memoria fin de master, Universidad de Zaragoza.
- NEBRED A PEREZ, J M (1999): Distribución eléctrica. Concurrencia de disciplinas jurídicas. Civitas, Madrid, 2003, pp. 781-789.
- POZO BOUZAS, E (2018): *«Las cláusulas sociales y medioambientales en la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público»*, http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/clausulas-sociales-medioambientales-Contratos-Sector-Publico_11_1201180002.html
- ZURUTUZA ARIGITA, I. (2014): *«El consumidor de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables: las garantías de origen»*, Actualidad Jurídica Ambiental, pp. 1 ss.

Capítulo 15

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN CHILE COMO MODALIDAD DE CONSUMO Y PRODUCCIÓN SOSTENIBLE: ANÁLISIS DE CASOS

Jenny Nicolás

Magister en Derecho, PUCV

Abogada Dirección de Compras y Contratación Pública, Gobierno de Chile

Rocío Parra

Doctoranda en Derecho, PUCV

Coordinadora Académica Programas de Derecho Ambiental y Contratación Pública, PUCV

Sumario: 1. Introducción. 2. Modalidades de consumo y producción sostenibles en Chile. 2.1. Estrategia nacional de crecimiento verde. 2.2. Programa nacional de consumo y producción sustentable. 3. La contratación pública sostenible como modalidad de CPS. 4. Análisis de casos. 4.1. Licitaciones de Convenio Marco. 4.1.1. Gran Compra adjudicada en atención a criterios ambientales. 4.2. Licitación con especificaciones técnicas sostenibles. 4.3 Licitación con especificaciones técnicas y criterio de evaluación sostenible. 4.4 Licitación con criterio de evaluación sostenible. 5. Consideraciones finales

1. INTRODUCCIÓN

Durante las últimas décadas la promoción de prácticas de contratación pública como modalidades de Consumo y Producción Sostenible ha tenido reconocimiento en múltiples instrumentos jurídicos de orden internacional.

En efecto, la Agenda 21 presentó una serie de bases de acción, entre las que se encontraba el hecho que los gobiernos desarrollasen un liderazgo activo a través de las compras públicas. A principios de la década pasada, la misma idea fue contemplada tanto en el Plan de Implementación de Johannesburgo como en el Proceso Marrakech. En 2012, la Declaración de Río +20, al aprobar el Marco Decenal del Programa sobre Modalidades de Consumo y Producción Sostenibles, reconoce a la contratación pública como una especie de tales modalidades. Como correlato, dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible contenidos en la Agenda 2030, se encuentra el ODS 12, el cual presenta dentro de sus metas la promoción de prácticas de adquisición pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales.

A nivel nacional, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico —en adelante, OCDE—, ha informado que Chile registra importantes avances en materia de promoción de prácticas favorables al medio ambiente, de conformidad con diversos instrumentos no reglamentarios, entre ellos: acuerdos de producción limpia, iniciativas sobre la responsabilidad social de las empresas de los sectores exportadores, la publicación de guías sectoriales sobre prácticas no dañinas para el medio ambiente y el establecimiento de los elementos iniciales de un régimen de compras públicas sostenibles¹.

En este contexto, el presente estudio busca dar cuenta del desarrollo de la contratación pública sostenible en Chile. Para ello, en primer lugar, se revisarán los principales instrumentos reguladores, que han venido a dar los lineamientos generales en la materia. Seguidamente, se hará una relación de la forma en que ha sido concebida la contratación pública sostenible en el ordenamiento jurídico nacional. Finalmente, se presentará en análisis de casos un marco referencial, a continuación se expondrán los alcances de la Estrategia nacional de crecimiento verde y del Programa nacional de consumo y producción sostenible. Finalmente, se abordará la contratación pública como una modalidad de Contratación Pública Sostenible —en adelante «CPS».

2. MODALIDADES DE CONSUMO Y PRODUCCIÓN SOSTENIBLE EN CHILE

2.1. Estrategia nacional de crecimiento verde

Chile entró oficialmente a la OECD a mediados del año 2010. Tal hecho, en el ámbito de la sostenibilidad, ha tenido importantes efectos, entre los cuales se encuentra la reafirmación del compromiso, a nivel país, con la Estrategia de Crecimiento Verde OECD².

Como consecuencia, en el año 2013, el Ministerio de Hacienda en conjunto con el Ministerio del Medio Ambiente elaboraron la Estrategia de Crecimiento

1. OECD, *Informe «Evaluaciones del desempeño ambiental. Chile»*, 2016, p. 29.

2. OECD, *Hacia el Crecimiento Verde*, 2011. p. 5.

Verde para Chile, cuyo propósito es promover el crecimiento económico y, al mismo tiempo, contribuir con la protección del medio ambiente, la creación de empleos verdes y la equidad social³.

Con el fin de velar adecuadamente por la reducción de riesgos en la salud de la población, mejorar su calidad de vida y proteger el patrimonio ambiental del país, esta Estrategia presenta la necesidad de potenciar los instrumentos de gestión ambiental disponibles, habilitar nuevos instrumentos, seguir las mejores prácticas regulatorias a nivel internacional que permitan normas eficientes y fomentar la creación de un mercado nacional de bienes y servicios ambientales⁴.

La Estrategia se funda en cinco principios —la prevención, la responsabilidad del causante («el que contamina paga»), la eficiencia, el gradualismo y el realismo— y propone ejecutar acciones con diferentes escalas de tiempo⁵.

Para su implementación, la Estrategia articuló y propuso un conjunto de acciones a cumplir en un horizonte de tiempo de corto (2014), mediano (2018) y largo plazo (2022).

Especialmente en materia de Compras Públicas Sostenibles —en adelante, CPS—, la Estrategia recalca que «Chile ha iniciado en los últimos años el proceso hacia un crecimiento verde incorporando acciones que generan incentivos para lograr cambios en los patrones de consumo y producción en el contexto del desarrollo sustentable»⁶.

La promoción del uso amplio de los instrumentos económicos para asegurar que los contaminadores paguen los costos sociales y ambientales, fomentando el mercado de bienes y servicios ambientales, y llamando a fiscalizar y medir la implementación de cada una de sus acciones, ha sido uno de los principales propósitos de la Estrategia⁷. Entre ellos se encuentra: impuestos específicos a los combustibles, permisos de emisión transables, responsabilidad extendida del productor, compras públicas sustentables, etiquetado ambiental, educación ambiental, acciones voluntarias y acciones nacionales apropiadas de mitigación⁸.

2.2. Programa nacional de Consumo y Producción Sustentable

En cumplimiento con los lineamientos del Marco Decenal de Consumo y Producción Sostenible de la ONU —en adelante, 10YFP por sus siglas en inglés—, en 2014 se conformó el Comité Interministerial de Consumo y Producción Sustentables —en adelante, CICPS—, el cual está integrado por represen-

3. Ministerio de Hacienda y Ministerio de Medio Ambiente, *Estrategia Nacional de Crecimiento Verde*, 2013, p. 9.

4. Ibid, p. 9.

5. Ibid.

6. Ibid, p. 10.

7. OECD, op. cit. n. 412, p. 137 y 138.

8. Ministerio de Hacienda y Ministerio de Medio Ambiente, *Estrategia Nacional de Crecimiento Verde*, 2013, p. 39.

tantes del Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Telecomunicaciones, Agricultura, Economía, Fomento y Turismo, Vivienda y Urbanismo, Hacienda, Salud, Energía, Educación, Relaciones Exteriores, Desarrollo Social, Bienes Nacionales, del Trabajo y Previsión Social, de la Mujer y la Equidad de Género, del Deporte y el Consejo de Producción Limpia⁹. A su vez, con el propósito de hacer efectiva la participación y el diálogo entre los distintos actores del sector privado y la sociedad civil, el año 2015 se creó un Comité consultivo de CPS de carácter asesor en la materia¹⁰.

Dentro de las facultades del CICPS se encuentra, por un lado coordinar diversas iniciativas que el Estado de Chile ya esté desarrollando y, por otro, implementar y promover nuevas acciones que puedan impulsar un crecimiento verde para el país¹¹.

Su principal objetivo ha sido la elaboración del Programa Nacional de Consumo y Producción Sustentable —en adelante, PNCPS—, presentado el año 2016. Busca constituirse como un instrumento de orientación para «la transición hacia patrones de consumo y producción más sustentables, promoviendo un desacople del crecimiento y desarrollo del país de la degradación del medio ambiente»¹².

Estructuralmente, el PNCPS contempla doce líneas de acción que toman como punto de partida los programas establecidos en el 10YFP e incorporan los principales resultados del diagnóstico nacional e internacional¹³. Las líneas de acción son subdivididas en dos grupos: líneas principales y líneas transversales¹⁴.

Las líneas principales son: construcción sustentable, turismo sustentable, sistemas alimentarios sustentables, industria responsable, información al consumidor, estilos de vida sustentable y educación, ciudades sustentables, sustentabilidad en el sector público. Cada una de ellas cuenta con un objetivo general, objetivos específicos, metas y áreas de trabajo definidas¹⁵.

Las líneas transversales son: empresas de menor tamaño sustentables, gestión de residuos, energías limpias y eficiencia energética y gestión de agua¹⁶.

El PNCPS propone que las líneas de acción transversales se relacionen con las líneas principales por medio de dos mecanismos: mediante la aplicación de metas de las líneas de acción transversales a las principales, y a través de iniciativas y herramientas conjuntas. De esta forma, el PNCPS considera que se logra-

9. Ministerio de Medio Ambiente, 2016, *Programa Nacional de Consumo y Producción Sustentables*, 2016, p. 10.

10. Tal comité está integrado por representantes de SOFOFA, CODELCO, Cámara Chilena de la Construcción, Supermercados de Chile A.G, Federación de Empresas de Turismo de Chile, Centro de Envases y Embalajes de Chile, Fundación Chile, Asociación *Ouishbare*, WWF, Asociación Chilena por el Comercio Justo, Universidad de Tarapacá, Pontificia Universidad Católica de Chile, CUT y el Ministerio del Medio Ambiente a través de su División de Información y Economía Ambiental.

11. *Ibid*, op. cit. n.9, p. 10.

12. *Ibid*, p. 12.

13. *Ibid*, p. 10.

14. *Ibid*, p. 11.

15. *Ibid*.

16. *Ibid*.

rá generar sinergias y colaboración entre las distintas líneas de acción, facilitando el alineamiento y la comunicación entre las distintas iniciativas¹⁷.

Resulta preciso destacar que, además, el PNCPS agrega en forma separada aquellas metas pertinentes a la línea de acción relacionadas con ODS con el propósito de dar a conocer su alineamiento con las propuestas nacionales¹⁸.

Finalmente, en cada línea de acción se definen actores relevantes para alcanzar los objetivos y metas planteadas¹⁹.

En lo referente a la implementación del PNCPS, se contempla el desarrollo de un Plan de Acción en dos etapas 2016-2020 y 2020-2025. Su finalidad es reportar los avances de las iniciativas propias de los sectores y detallar las iniciativas nuevas y acciones concretas que deban llevarse a cabo, definiendo plazos y actores responsables de cada una de ellas²⁰. Con tal propósito, se considera la creación de grupos de trabajo por cada línea de acción, con la misión de priorizar iniciativas, evaluar su factibilidad de implementación, incluyendo criterios económicos, explorar las alternativas de financiamiento disponibles y/o fortalecer sinergias entre actores claves para lograr materializar los proyectos que se prioricen²¹.

Utilizando la lógica propuesta por la Agenda 2030, cada línea de acción cuenta con indicadores, lo que permitirá hacerles seguimiento y verificar su estado de avance. Estos indicadores deben ser evaluados e incluidos en un informe que dé cuenta del estado del medio Ambiente a cargo del Ministerio del Medio Ambiente²².

3. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOSTENIBLE COMO MODALIDAD DE CPS

La contratación pública sostenible ha sido definida doctrinalmente como «un proceso a través del cual las autoridades públicas tratan de adquirir mercancías, servicios y obras con un impacto ambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de otras mercancías, servicios u obras con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar»²³. Es más, hay quienes sostienen que hoy en día existiría una «ecologización de la contratación pública»²⁴.

Esta figura tiene la potencialidad de convertirse en un auténtico instrumento de mercado de protección ambiental en la medida en que es un medio eficaz, no solo para reducir el impacto ambiental, sino también para dirigir la conducta de los operadores económicos hacia estándares de protección ambiental mediante

17. Ibid, p. 12.

18. Ibid.

19. Ibid, p. 13.

20. Ibid, p. 8.

21. Ibid.

22. Ibid.

23. LÓPEZ TOLEDO, Purificación, *La consideración de aspectos ambientales en la contratación pública*, Tesis doctoral (Universidad de Castilla de la Mancha, 2014), p. 330.

24. OLLER RUBERT, Marta, *La inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública*, en Revista Catalana de dret Ambiental, Vol. 1, Núm. 1 (2010), p. 4.

nuevas formas de producción y consumo; actuando, a tales efectos, el órgano de contratación como impulsor de las conductas socialmente responsables de los operadores económicos²⁵. En efecto, a nivel económico las contrataciones en el mercado público son un elemento de vital relevancia. En Chile, la contratación pública asciende a más de \$9.505 millones de dólares anuales²⁶. Por tanto, se trata de un ámbito clave en donde los patrones de CPS pueden incidir directamente²⁷.

A nivel nacional, la Estrategia nacional de crecimiento verde contempló, dentro de la implementación de instrumentos de gestión ambiental de carácter económico, el desarrollo de compras públicas sostenibles²⁸, incorporando criterios ambientales y sociales para productos y servicios. En este sentido, el PNCPs, por medio de su línea de acción «sustentabilidad del sector público», ha tenido por objeto principal incorporar la sostenibilidad a nivel estratégico en el quehacer público, mediante el diseño e implementación de políticas y prácticas de CPS. Dentro de sus metas se encuentra el potenciar la plataforma de compras públicas con criterios de sustentabilidad, incorporando criterios ambientales y sociales en las compras públicas de productos y servicios prioritarios²⁹.

Especialmente respecto del marco normativo particular de compras y contratación pública, la Ley N° 19.886³⁰, la cual regula exclusivamente los contratos de suministro de bienes y de prestación de servicios³¹, si bien nada dice respecto a criterios ambientales y sociales aplicables en los procedimientos licitatorios, sí hace referencia al deber que recae sobre la Administración del Estado de «pro-

25. LÓPEZ TOLEDO, op. cit. n. 434, p. 330. Ver también, PERNAS GARCÍA, Juan José, *Contratación Pública verde*, (Madrid, Editorial La Ley, 2011), p. 3, «La contratación pública verde tiene un valor socialmente ejemplarizante para el fomento de conductas responsables a las empresas y, también, en los ciudadanos, cuestión esta última que no es de carácter menor si tenemos en cuenta la crisis de valores de esta sociedad de consumo, que ha hecho florecer la crisis social, económica y ambiental que vivimos».

26. CHILECOMPRAS, *Plan estratégico 2014-2018*, p. 3.

27. «Tanto las empresas como el Estado, en su calidad de consumidores de bienes o servicios, aumentan su eficiencia en términos económicos al adquirir productos más rentables, lo cual puede estar asociado a productos más duraderos (mayor vida útil), con menores costos de mantención y operación, con estándares altos de eficiencia energética, o que pueden ser reciclados fácilmente disminuyendo los costos de disposición final de residuos», ver Ministerio de Medio Ambiente y *German Federal Ministry for the Environment, Nature Conservation Building and Nuclear Safety, Manual de Compras Públicas Sustentables, Con Énfasis en el Análisis Costo-Beneficio*, 2014, p. 35.

28. Dentro de las iniciativas propuestas por tal Programa se encuentran coordinar la aplicación de las Directivas de sustentabilidad en compras públicas, incorporar criterios de sustentabilidad en el sistema de Chilecompra, implementar un programa de mejoramiento de Gestión en compras públicas sustentables; capacitar a los funcionarios públicos en materia de compras sustentables; y apoyar a PYMES en temas de sustentabilidad.

29. Ministerio de Medio Ambiente, op. cit. n. 420.

30. Ley N° 19.886, de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Publicada en el Diario Oficial el 30 de Julio de 2003.

31. Quedan excluidos de la aplicación de esta ley, entre otros, los contratos de construcción y concesión de obra pública, regulados por el Decreto con Fuerza de Ley N° 458, de 1976, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, por la Ley N° 15.840, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, por el Decreto con Fuerza de Ley N° 164, de 1991, del Ministerio de Obras Públicas, y por diversos cuerpos reglamentarios. Asimismo, quedan excluidos de la aplicación de esta ley los contratos de obra que celebren los Servicios de Vivienda y Urbanización para el cumplimiento de sus fines. Sin perjuicio de la exclusión de la obra pública de la regulación de este cuerpo legal, ésta se les aplica de forma supletoria.

*penden a la eficacia, eficiencia y aborro en sus contrataciones*³², así como a «establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros»³³. Por su parte, en el año 2014, gracias a la modificación³⁴ del Reglamento de la Ley 19.886³⁵, se consideró, dentro de las materias de alto impacto social que pueden adicionarse a las bases de licitación, los criterios de evaluación sustentable³⁶. A mayor abundamiento, el Reglamento toma en cuenta parámetros medioambientales en materia de procedencia de la contratación o trato directo³⁷; al momento de determinar el contenido mismo de las Bases de licitación³⁸; así también como al seleccionar la mejor oferta³⁹.

En complemento de la normativa legal y reglamentaria citada, la Dirección de Compras y Contratación Pública —en adelante, Chilecompra— cuenta con la función de asesorar a los organismos públicos en la planificación y gestión de sus procesos de compras y contrataciones, reconocida en el artículo 30 letra a) de la Ley 19.886 y en el artículo 104 bis del Reglamento, en virtud de la cual emite directivas. Si bien son una especie de buenas prácticas⁴⁰, tienen un importante alcance en demarcar lineamientos a fin de lograr una mejor gestión de los

32. Ibid, art. 6° inciso final.

33. Ibid, artículo 6° inciso primero.

34. Ministerio de Hacienda, Decreto Supremo N° 1.410, publicado en el Diario Oficial el 12 de mayo de 2015.

35. Ministerio de Hacienda, Decreto Supremo N° 250, publicado en el Diario Oficial el 24 de septiembre de 2004.

36. Antes de la citada reforma, ya el Reglamento de la Ley N° 19.886, citado, consideraba como contenido adicional de las bases de licitación —distinguiéndolo de las cláusulas consideradas obligatorias desarrolladas en el artículo 22 del referido Reglamento— los «Puntajes o ponderaciones que se asignen a los Oferentes derivados del cumplimiento de normas que privilegien el medioambiente, contratación de discapacitados y demás materias de alto impacto social».

37. El artículo 10°, numeral 7, letra n), dispone que «La Licitación Privada o el Trato o Contratación Directa proceden, con carácter excepcional, en las siguientes circunstancias: (...) 7. Cuando por la naturaleza de la negociación existan circunstancias o características del contrato que hagan del todo indispensable acudir al Trato o Contratación Directa, de acuerdo a los casos y criterios que se señalan a continuación: (...) n) cuando se trate de adquisiciones inferiores a 10 UTM, y que privilegien materias de alto impacto social, tales como aquellas relacionadas con el desarrollo inclusivo, el impulso a las empresas de menor tamaño, la descentralización y el desarrollo local, así como aquellas que privilegien la protección del medio ambiente, la contratación de personas en situación de discapacidad o de vulnerabilidad social».

38. El artículo 23° prescribe expresamente que tales Bases podrán contener, «en lenguaje preciso y directo las siguientes materias: (...) 3. Criterios y ponderaciones que se asignen a los oferentes, derivados de materias de alto impacto social», entendiéndose por tales, entre otras, «aquellas relacionadas con el cumplimiento de normas que privilegien el medio ambiente (...)».

39. Dentro de los criterios de evaluación, el artículo 38° contempla «el precio, la experiencia, la metodología, la calidad técnica, la asistencia técnica o soporte, los servicios de post-venta, los plazos de entrega, los recargos de fletes, consideraciones ambientales, de eficiencia energética (...)».

40. El artículo 104 bis, del Reglamento de la Ley N° 19.886, señala que (...) la Dirección de Compras podrá emitir orientaciones y recomendaciones generales, conducentes a difundir buenas prácticas y a fortalecer la probidad en las compras públicas, tanto por parte de los compradores como de los proveedores.»

procesos de compra, dentro del marco legal vigente y de las políticas públicas pertinentes⁴¹.

Desde el año 2008 dicho organismo ha ido emitiendo orientaciones y recomendaciones generales relativas a la contratación pública sostenible. Especial mención cobran las Directivas n° 9, 13 y 25.

A través de la Directiva n°9, en el año 2008, Chilecompra emitió una serie de instrucciones para la contratación de bienes y servicios incorporando criterios de eficiencia energética⁴². Su objetivo era entregar pautas y lineamientos a los organismos públicos sometidos a la Ley 19.886, recomendándoles que, durante el desarrollo de todo el proceso licitatorio, considerasen no solo la inversión inicial, sino también evaluar los costos de operación a lo largo de su vida útil y los plazos totales de los contratos de servicios de electricidad, gas, transportes u otro. Así, se presentaron orientaciones en las etapas de preparación de la licitación o adquisición, redacción de bases técnicas o términos de referencia, evaluación de ofertas y, finalmente, monitoreo de resultados⁴³.

En el año 2011, según lo dispuesto en su Directiva n° 13, Chilecompra estimó pertinente establecer conceptos y parámetros básicos que facilitasen a los organismos integrantes de la Administración del Estado el desarrollar, fomentar y potenciar la realización de procedimientos de contratación que contribuyan al desarrollo sustentable del país⁴⁴. Uno de los principales aportes de tal instrucción fue el definir lo que se entendería por «contratación sustentable» en el ámbito de las compras públicas a nivel nacional, al señalar que son «los procesos de contratación pública de bienes muebles y servicios regidos por la Ley N°19.886 y su Reglamento, en los que se busca un adecuado equilibrio entre los aspectos sociales, económicos y ambientales de las contrataciones que realicen las instituciones del Estado»⁴⁵.

Resulta preciso hacer énfasis en que dicho equilibrio no debe únicamente referirse a las características y condiciones intrínsecas del bien o servicio a adquirir. También debe tomarse en consideración la identificación de las necesidades del respectivo organismo público adquirente, así como la definición y características de todo el proceso de contratación, incluyendo cada una de sus etapas⁴⁶.

En 2016, mediante la Directiva n° 25, Chilecompra presentó una serie de recomendaciones en la materia, aunando los planteamientos de las orientaciones anteriores. Este instrumento puso hincapié en que, si bien las Directivas previas habían fundado las contrataciones públicas sustentables en base al uso de criterios

41. La Contraloría General de la República ha señalado en los dictámenes N°s 62.237, de 2013; 51.205, de 2004; y 305, de 2016, que las mencionadas directrices emanadas del citado organismo se enmarcan dentro de sus atribuciones, constituyendo recomendaciones efectuadas en el ejercicio de un rol asesor, careciendo de un carácter imperativo, por lo que no resultan obligatorias para los organismos sujetos a la Ley N° 19.886.

42. CHILECOMPRA, Directiva de Contratación Pública N°9 «Instrucciones para la Contratación de Bienes y Servicios Incorporando Criterios de Eficiencia Energética», 14 de marzo de 2008, p. 2.

43. Ibid, p. 4.

44. CHILECOMPRA, Directiva de Contratación Pública N°13, «Instrucciones para realizar contrataciones sustentables en el mercado público chileno», 23 de mayo de 2011, p. 3.

45. Ibid, p. 3

46. Ibid.

de evaluación incorporados en las Bases de licitación, ahora resultaba fundamental la realización de un análisis más allá del precio sobre el bien o servicio que se requiere adquirir. De esta manera, en base a los rubros priorizados por ChileCompra para la introducción de criterios de sostenibilidad en su «Política de Compras Públicas Socialmente Responsable»⁴⁷, se señalan cuatro productos específicos —vehículos, lámparas, papel y productos de calefacción— respecto de los cuales se propone un conjunto de características ambientales que deben ser evaluadas al momento de determinar el bien requerido. El propósito es establecer el impacto total que implica la adquisición de un producto estándar versus un producto con un mejor rendimiento ambiental⁴⁸. En definitiva, se busca fomentar la incorporación de un análisis más integral, que no se centre a la decisión de compra en razón del precio. Además, promueve la consideración de criterios que permiten valorar el desempeño de un producto o servicio a lo largo de todo su ciclo de vida, el impacto que éste genera en la salud de las personas, y la disposición del bien cuando ya ha concluido su vida útil⁴⁹.

No es posible cuantificar la cantidad de procedimientos de adquisición en los cuales se hayan incluido criterios de sostenibilidad ambiental o de sustentabilidad económica y social, para las respectivas evaluaciones, debido a que las cifras que se encuentran disponibles solo reflejan una «intención» de los compradores públicos de incluir los citados criterios y no una real contratación siguiendo estos parámetros.

Efectuadas estas prevenciones, las cifras que son posibles de obtener son las siguientes:

Criterios	2016	2017
Condiciones de empleo y remuneración	1.904	1.846
Contratación de personas discapacitadas	1.670	2.344
Eficiencia energética	159	132
Impacto Medioambiental	1.705	1.109
Otras Materias de Alto Impacto Social	573	561
Total general	6.011	5.992
Total licitaciones por año	197.567	164.824
Porcentaje de licitaciones con criterio	3,0%	3,6%
Con criterio de sustentabilidad: Se cuentan las licitaciones que utilizaron el criterio independientemente de si adjudicaron o no a un proveedor que lo cumplía.		

Fuente: Estudios, ChileCompra

47. CHILECOMPRA, *Política de Compras Públicas Socialmente Responsables, De la sustentabilidad a la responsabilidad social*, 2012, p. 16.

48. CHILECOMPRA, Directiva de Contratación Pública N°25, «Recomendaciones para la contratación de bienes y servicios incorporando criterios ambientales y de eficiencia energética», 6 de junio de 2016, p. 3

49. Ibid, p. 4

En materia de construcción de obra pública, la normativa chilena no contempla la inclusión de criterios medioambientales de evaluación de las propuestas. Es así como, en los contratos de obra pública que celebra el Ministerio de Obras Públicas, la legislación establece solo la obligatoriedad de dar cumplimiento a la normativa medioambiental establecida en las respectivas bases medioambientales⁵⁰ sin agregar requisitos de sostenibilidad como parte de la evaluación de las respectivas ofertas.

Sin perjuicio de lo señalado, el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, el Ministerio de Obras Públicas, el Ministerio de Energía y el Ministerio del Medio Ambiente, establecieron una «Estrategia Nacional de Construcción Sustentable⁵¹», definiendo el concepto de construcción sustentable como «un modo de concebir el diseño arquitectónico y urbanístico que se refiere a la incorporación del concepto de sustentabilidad en el proceso de planificación, diseño, construcción y operación de las edificaciones y su entorno, y que busca optimizar los recursos naturales y los sistemas de edificación de tal modo que minimicen el impacto sobre el medio ambiente y la salud de las personas»⁵².

En Chile, la producción total de la industria de la construcción se estima que aporta un promedio del 7,8% del PIB nacional, representa un 8,46% de los empleos y un 34% de la generación de residuos sólidos. Asimismo, el 33% de las emisiones de gases efecto invernadero son generadas por el sector ligado a la construcción⁵³. Con estas estadísticas, la política pública de sustentabilidad que busca impulsar este grupo de ministerios en el área de la construcción es de relevancia, e involucra el comportamiento cotidiano de todos los actores, incluido el sector público.

En el sector edificación —específicamente en relación a la construcción por parte del Gobierno de viviendas sociales o de áreas urbanas— la política mencionada busca mejorar la calidad energética de la envolvente en edificaciones construidas sin criterios de eficiencia energética, realizar su diseño con altos estándares de eficiencia energética, entre otras medidas⁵⁴. Es así como la incorporación de criterios ambientales en las especificaciones técnicas resulta trascendental, si se busca la tutela del medioambiente como bien jurídico protegido⁵⁵, y si dichos criterios son parte de una política pública, acompañada

50. Artículos 2º, 180 N° 1 y 181 letra a), del Reglamento para contratos de obra pública. Ministerio de Obras Públicas, Decreto Supremo N° 75, publicado en el Diario Oficial el 1 de diciembre de 2004.

51. Ministerio de Vivienda y Urbanismo, *Estrategia Nacional de Construcción Sustentable*., Resolución Exenta N° 9.035, de 6 de diciembre de 2013.

52. *Ibid*, p. 5.

53. *Ibid*, p. 6.

54. *Ibid*, p. 8.

55. En este sentido BERTAZZO, SILVIA, *La incorporación de criterios ambientales en la contratación pública. La experiencia europea*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLVI (Valparaíso, Chile, 1er semestre de 2016), p 257. Bertazzo dispone que «La definición de las especificaciones técnicas se convierte, por lo tanto, en uno de los momentos clave para incorporar criterios ambientales en los procedimientos de contratación pública, también porque en esta etapa las autoridades públicas gozan de un margen de discrecionalidad más amplio».

de un importante programa de difusión para las empresas del sector —como lo es en este caso⁵⁶— es esperable la obtención de beneficios en el corto plazo, dada la política instaurada que busca dirigir al mercado hacia una clara definición ambiental.

Finalmente, es interesante observar como punto de referencia las últimas modificaciones que la Unión Europea ha introducido a través de la Directiva 24/2014/UE⁵⁷, de 26 de febrero de 2014. La nueva regulación europea profundiza en la incorporación de las exigencias ambientales en la contratación pública⁵⁸.

La contratación pública, señala el legislador comunitario, desempeña un papel clave en la Estrategia Europea 2020 para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador⁵⁹. A este respecto, debe destacarse que la Directiva 2014/24 precisamente, tras enunciar los principios estructurales de la contratación pública (igualdad, prohibición de discriminación y de restricción de la competencia, transparencia), establece, en su artículo 18 numeral 2, la obligación de los Estados miembros de garantizar que los operadores económicos *«cumplan las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho Internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X»*.

Tal como lo propone la profesora Ximena Lazo, la nueva normativa europea contempla las siguientes novedades⁶⁰:

1. Exclusión de los proveedores del procedimiento de contratación, si se demuestra *«por cualquier medio apropiado»* que se han incumplido las obligaciones aplicables en virtud del antes citado art. 18.2.
2. La no adjudicación del contrato a la oferta económica más ventajosa cuando se constate que el respectivo proveedor ha incumplido las normas medio ambientales, según consta en el art. 56. 1 b) *in fine*. Esta

56. Ejemplos de la campaña de difusión impulsada por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo se puede encontrar en <http://csustentable.minvu.gob.cl/noticias-minvu/>

57. Esta Directiva forma parte del nuevo paquete de normas europeas sobre esta materia —la así denominada «cuarta generación» de Directivas sobre contratación pública— conformada además por la Directiva 2014/23 relativa a la adjudicación de contratos de concesión y la Directiva 2014/25, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y por la que se deroga a Directiva 2004/17.

58. LAZO VITORIA, *Compra pública verde: novedades introducidas por la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*, en Gestión de compras: la revista de los profesionales de compras, aprovisionamientos y gestión de materiales (Año 14, N°. 92, 2014), p. 44.

59. Ibid.

60. Ibid, p. 46 a 47. En relación con Silva Bertazzo, op. cit. n.55, p 257. Bertazzo dispone que «este entusiasmo hacia la contratación pública ecológica no es compartido por toda la doctrina y, en efecto, algunos autores advierten que la inclusión de aspectos ambientales (o también sociales) en los contratos públicos no solo podría ser una medida no eficiente para obtener el mismo resultado que podría conseguirse a través de otros instrumentos de incentivo, sino también señalan que se terminaría para conceder a las autoridades administrativas adjudicadoras un margen de discrecionalidad excesivo, lo que podría dar lugar a prácticas impropias e ilegales».

herramienta puede ser muy útil para desincentivar comportamientos poco respetuosos con el medio ambiente: el peligro de ser excluido en la fase de adjudicación y ello a pesar de haber presentado una oferta de alto nivel.

3. La integración de exigencias ambientales en la valoración de las ofertas y en la determinación de la oferta económica más ventajosa. Aquí, el legislador europeo incorpora una opción: establecer como criterio único el precio o el coste.

En el caso que se opte por el coste como único criterio de adjudicación, su determinación deberá realizarse aplicando un «planteamiento que atienda a la relación *coste-eficacia*». A este respecto, el legislador europeo se ocupa de proporcionar un modelo que cumple con dicha exigencia: el denominado «cálculo del coste del ciclo de vida» regulado en el art. 68 de la Directiva. La idea que está a la base de este significativo cambio normativo es poner de manifiesto y considerar los verdaderos costes involucrados en un contrato de obras, suministros o servicios (adquisición, mantenimiento, etc.) incluidos los costes medioambientales⁶¹.

Ahora bien, cuando el órgano público contratante opte por aplicar varios criterios para determinar la Oferta Económica más Ventajosa, la Directiva 2014/24 precisa que la evaluación de las ofertas incluirá criterios medioambientales y/o sociales, entre otros: la calidad, incluido en el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones; la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato; y el servicio de posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega⁶².

Al constatar las novedades en el ámbito europeo, es posible apreciar que Chile ha ido, en mayor o menor medida, avanzando respecto al establecimiento de patrones de CPS en el ámbito de la contratación pública. Sin embargo, aún quedan importantes desafíos por alcanzar en materia de implementación de los requerimientos y criterios ambientales. Algunos de ellos se encuentran especialmente respecto de la obligatoriedad de aplicar dichos criterios por parte de los organismos públicos, así también como los efectos jurídicos que recaen sobre

61. LAZO, VITORIA, op. cit. n., p. 58, dispone que respecto de los costes medioambientales «uno de los aspectos que se presenta *a priori* como más problemático es precisamente la determinación de una metodología idónea para su cálculo. En este sentido, la Directiva avanza que la misma deberá establecerse de forma previa y ser objetiva, no discriminatoria y accesible a todas las partes interesadas. Los métodos que al respecto se definan pueden establecerse a escala nacional, regional o local pero, advierte el legislador comunitario, deben ser generales y no establecerse de modo específico o *ad hoc* para un procedimiento de contratación pública en particular».

62. Ibid, p. 47.

aquellos proveedores que han incumplido sus obligaciones medioambientales o, de formas más amplia, obligaciones en materias de alto impacto social.

4. ANÁLISIS DE CASOS

4.1. Licitaciones de Convenio Marco

La Ley N° 19.886, en Chile, establece como una de las facultades de la Dirección Chilecompra la de licitar bienes y servicios a través de la suscripción de convenios marco⁶³, respecto de los cuales, los organismos públicos afectos a dicha ley están obligados a comprar bajo dichos convenios⁶⁴.

Atendida esta obligación legal de utilización de este instrumento de contratación, los convenios marcos se vislumbran como un importante mecanismo para efectuar políticas públicas ambientales, dado que en ellos existe un alto número de proveedores adjudicados a los cuales los organismos públicos⁶⁵ se ven obligados a adquirir en las condiciones que determino Chilecompra⁶⁶.

La mayoría de los 33 convenios marcos actualmente vigentes⁶⁷, contienen, dentro de sus criterios de evaluación, consideraciones de sustentabilidad, ambientales, económicas y sociales⁶⁸. Lo interesante de incluir este tipo de criterios es que los organismos públicos, al momento de efectuar adquisiciones superiores a 1000 UTM⁶⁹, se ven compelidos a efectuar una nueva competencia entre los proveedores adjudicados en los respectivos convenios marco, donde solo pueden utilizar, para evaluar las ofertas que se presenten en esta segunda etapa, los criterios de evaluación definidos en las respectivas bases de licitación que sirvieron para la adjudicación efectuada por Chilecompra, lo que implica la posibilidad de volver a exigir el cumplimiento de condiciones de sustentabilidad a los proveedores adjudicados⁷⁰.

63. Podemos definir convenio marco como «aquel procedimiento de adjudicación que permite a los organismos públicos la contratación directa, de bienes y servicios, la cual queda condicionada a las condiciones previamente licitadas por la Dirección de Compras y Contratación Pública». NICÓLAS, JENNY. «Contratación administrativa a través de convenios marco: naturaleza jurídica y aplicación práctica». *Revista de Derecho Administrativo Económico* 20 (2015). P. 52.

64. Artículo 30, letra d), Ley N° 19.886.

65. Actualmente son 350 los organismos públicos obligados por la Ley N° 19.886.

66. Durante el año 2017 se transaron 2,7 millones de millones de pesos a través del catálogo de convenios marco, lo que representó el 30,3 % de las compras efectuadas a través de los mecanismos que contempla la Ley N° 19.886. Aproximadamente, 3.668.000.000 Euros.

67. Información sobre los convenios marco vigentes a la fecha de este trabajo se encuentra disponible en <https://www.mercadopublico.cl/Home/Contenidos/QueEsCM>

68. No consideran criterios de evaluación sostenibles los siguientes convenios marco: Órtesis, Prótesis, Endoprótesis e Insumos de Salud (ID N° 2239-16-LR15); Reclutamiento, Selección y Consultorías en RRHH (ID N° 2239-4-LR16); y Servicio de Búsqueda y Evaluación de Altos Directivos Públicos (ID N° 2239-12-LP15).

69. Aproximadamente 63.000 Euros.

70. Esta competencia en una segunda etapa se define como Gran Compra y está regulada en el artículo 14 bis del Reglamento de la Ley N° 19.886: «En las adquisiciones vía convenio marco supe-

Del análisis de los diferentes criterios de sostenibilidad⁷¹, que presentan los convenios marco vigentes⁷², se aprecia que el porcentaje que representan, en la ponderación final de las ofertas, es bastante bajo, variando entre el 2% al 8% del porcentaje final de la respectiva evaluación. A lo anterior se suma que no se contemplan, durante la operatoria de estos convenios marco, mecanismos que permitan seguir exigiendo el cumplimiento de las políticas de sostenibilidad declaradas por los proveedores en las respectivas ofertas, con lo cual cualquier intención de realizar alguna política pública medio ambiental por esta vía se diluye.

La mayoría de los criterios de sostenibilidad incluidos en los convenios marcos vigentes, se refieren a asignar puntaje a los proveedores que acreditan contar con: determinadas certificaciones ISO⁷³, certificados de Acuerdo de Producción Limpia⁷⁴, acuerdos de reciclaje de diferentes tipos de desechos, programas para promover la conciencia ambiental de su personal, reporte de sostenibilidad estándar GRI —Iniciativa de Reporte Global⁷⁵, entre otros. De la lectura de dichos criterios se extraña que los mismos no hayan identificado atributos ambientales para los tipos de productos y servicios específicos que contemplan. Solamente se aprecia un mayor desarrollo de criterios de sostenibilidad específicos, para una determinada industria o tipo de producto, en el convenio marco de «Hardware, Licencias de Software y Recursos Educativos Digitales»⁷⁶.

riores a 1.000 UTM, denominadas Grandes Compras, las entidades deberán comunicar, a través del Sistema, la intención de compra a todos los proveedores adjudicados en la respectiva categoría del Convenio Marco al que adscribe el bien o servicio requerido (...)Las ofertas recibidas en el marco de un procedimiento de Grandes Compras serán valuadas según los criterios y ponderaciones definidos en las bases de licitación del convenio marco.»

71. Sin considerar criterios de sustentabilidad (inclusivos y/o económicos).

72. Para este estudio solo se analizaron los criterios de sustentabilidad relativos al medio ambiente incluidos en los convenios marco vigentes, y no aquellos referidos a inclusión o económicos.

73. Específicamente, «Certificación ISO 14001-2004 de sistemas de gestión ambiental», referida a contar con programas de gestión ambiental que permita prevenir la contaminación generada por sus productos y operaciones, mejorando de forma continua su desempeño ambiental y «Certificación ISO 50001 de sistema de gestión de la energía».

74. Convenio de carácter voluntario celebrado entre una asociación empresarial representativa de un sector productivo y los organismos públicos competentes en materias ambientales, sanitarias, de higiene y seguridad laboral, eficiencia energética e hídrica y de fomento productivo de Chile, cuyo objetivo es aplicar la «producción limpia» a través de metas y acciones específicas en un plazo determinado para el logro de lo acordado. Más información en [http://www.cpl.cl/Acuerdos\(APL\)/](http://www.cpl.cl/Acuerdos(APL)/),

75. <https://www.globalreporting.org/standards/gri-standards-translations/gri-standards-spanish-translations-download-center/>

76. Convenio Marco ID 2239-7-LP14. El criterio de evaluación «cumplimiento de políticas y/o programas de sustentabilidad», establece asignación de puntaje para los proveedores en los siguientes casos: el proveedor se compromete a eliminar responsablemente los equipos al término de su vida útil, a través de empresas especializadas para tal efecto, sin costo para la entidad compradora y respetando los trámites administrativos previos que ésta deba formalizar para darlos de baja; el proveedor, en lo que le sea aplicable, se compromete a que sus productos a) cumplan con las últimas normas ENERGY STAR de eficiencia energética al momento de la fabricación del equipo b) informe si las partes y piezas de plástico contienen las siguientes sustancias: bifenilos polibromados, polibromodifenil éteres, parafinas bromadas, parafinas cloradas de cadena corta; c) cumplen restricciones en partes y

4.1.1. Gran Compra adjudicada en atención a criterios ambientales

Durante el año 2016, la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas —en adelante, JUNAEB— publicó, en el Sistema de Información de Compras y Contratación Pública —en adelante, «Sistema de Información»⁷⁷—, un procedimiento de Gran Compra a través del convenio marco ID N° 2239-8-LP12, Administración de Beneficios de Alimentación, Uniformes, Vestuario Institucional y Ropa Corporativa».

La finalidad de este procedimiento de Gran Compra fue contratar el servicio de administración de tarjetas electrónicas para el programa denominado «Beca de Alimentación Educación Superior BAES», para el periodo 2017-2018⁷⁸.

La Gran Compra respectiva se publicó en el Sistema de Información con el ID N° 30173, el 15 de septiembre de 2016.

Los requerimientos específicos de esta Gran Compra fueron establecidos por JUNAEB en la respectiva intención de compra⁷⁹, entre los cuales estuvieron aquellos que serían finalmente evaluables a través de criterios de evaluación⁸⁰.

piezas de plástico: no contienen cadmio ni plomo, no contienen halógenos, estén identificadas con su código de resina, según clasificación de la Asociación Industrial de Plásticos y Químicos o en concordancia con la ISO 11469; d) Cumplen restricciones en los retardantes de llama en las piezas y partes de plástico: retardantes de llama halogenados, R45 (H350), R46 (H340), R60 (H360F), R61 (H360D); e) cumplan restricciones de ciertas sustancias en placas de circuito impreso: bifenilos polibromados, polibromodifenil éteres, parafinas clonadas; f) informan sobre administración de la energía, incluyendo el consumo de energía mínimo y máximo de la unidad de control en cada modo de funcionamiento; una declaración de que el equipo no se debe tirar a la basura o enviarse a vertedero, sino que su diseño permite la reutilización y/o reciclaje de partes y piezas; recomendaciones para la limpieza del equipo de forma ambientalmente preferible; g) cumplan restricciones en los materiales de vidrio; h) cumplan con restricciones al revestimiento de superficies de metal y aleaciones: cadmio, níquel, estaño, cromo; i) no contienen sustancias restringidas; entre otras.

77. El artículo 18, de la Ley N° 19.886, obliga a los organismos públicos regidos por dicha normativa a cotizar, licitar, contratar, adjudicar, solicitar el despacho y, en general, desarrollar todos sus procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras a que alude la dicha ley, utilizando solamente los sistemas electrónicos o digitales que establezca al efecto la Dirección de Compras y Contratación Pública, que actualmente se encuentra disponible en el sitio web <https://www.mercadopublico.cl>.

78. La beca de Alimentación de Educación Superior se encuentra regulada en la Resolución Exenta N° 118, de 2010, de la JUNAEB, y sus modificaciones, y se define como un aporte estatal entregado a estudiantes de educación superior de centros de formación técnica, institutos profesionales y universidades reconocidas por el Estado destinado íntegramente al financiamiento de los servicios de alimentación, la cual se materializa a través de la entrega de instrumentos de canje, tales como tarjeta magnética personalizada o talonarios de vales de canje, que contienen un crédito a favor de los beneficiarios.

79. Resolución Exenta N° 1.847, de 13 de septiembre de 2016, de la JUNAEB, que Aprueba comunicado de intención de compra y anexos del proceso de grandes compras del servicio de administración de tarjetas electrónicas ID 30173 por convenio marco 2239-8-LP12, para el programa Becas de Alimentación de Educación Superior BAES de JUNAEB, para los años 2017 y 2018.

80. Variados requerimientos solo se evalúan a través de un criterio dicotómico —cumple/no cumple— descartando todas aquellas ofertas que no cumplan la totalidad de las exigencias establecidas por el organismo comprador.

Como ya se señaló, en los procedimientos de Gran Compra los servicios públicos se ven limitados a seleccionar, de entre los criterios de evaluación que se establecieron en las respectivas bases de licitación que adjudicaron el correspondiente convenio marco, aquellos que les fueran aplicables.

De los criterios de evaluación incluidos en las bases de licitación de este convenio marco, JUNAEB para este procedimiento de contratación seleccionó dos: a) Cumplimiento de políticas y/o programas de sustentabilidad⁸¹, asignándole el 78% de la ponderación total; y b) Cumplimiento de requisitos formales de presentación de ofertas, asignándole el 22% de la ponderación total.

En este procedimiento, entonces, vemos cómo los criterios de sostenibilidad cumplen un papel relevante, ya que de un 7 % de ponderación en la licitación pública que lo recogió originalmente, no siendo, por tanto, mayormente significativos en dicha oportunidad para determinar la adjudicación respectiva, viene a constituirse en aquél que determinará la selección de la oferta que proveerá un millonario servicio.

En esta gran compra resultaron seleccionados tres oferentes⁸², quienes presentaron reportes de sostenibilidad bajo estándar GRI correspondientes al año anterior a la intención de compra y, uno de ellos⁸³, adicionalmente presentó un Acuerdo de Producción Limpia.

4.2. Licitación con especificaciones técnicas sostenibles

El Ministerio de Vivienda y Urbanismo —en adelante, MINVU—, el año 2011, sometió a licitación pública regida por la Ley N° 19.886, la contratación de un servicio de manejo responsable de residuos electrónicos, tanto para el organismo central como para sus representaciones regionales⁸⁴. Esta adquisición es destacable al comprender este organismo público que, dentro de la etapa del ciclo de vida de sus insumos electrónicos, debía hacerse cargo, responsablemente, de la disposición final de dichos productos, que poseen una alta concentración de materiales y sustancias tóxicas dañinas para el medio ambiente, y poder aprovechar sus componentes como materia prima para la fabricación de nuevos productos tecnológicos⁸⁵.

La licitación se fundó en la necesidad, de la señalada Secretaría de Estado, de integrar un sistema de reciclaje y manipulación responsable de los residuos

81. Para detalle del contenido de este criterio de evaluación revisar Anexo de este artículo.

82. Sodexo Soluciones de Motivación Chile S.A, Edenred Chile S.A. y FDD Innovación y Crecimiento S.A., quienes fueron seleccionados a través de la resolución Exenta N° 2.371, de 7 de noviembre de 2016, de JUNAEB,

83. Sodexo Soluciones de Motivación Chile S.A.

84. Secretarías Regionales Ministeriales

85. «La Unión Europea estima que la «tecnobasura» ya representa un cinco por ciento de los residuos generados en la región, esto es, más de siete millones de toneladas. Más aún, la Agencia Europea para el Medio Ambiente calcula que esta cifra se duplicará para el año 2020, llegando a 14,8 millones de toneladas de residuos electrónicos». «Residuos Electrónicos, La Nueva Basura del Siglo XXI. Una amenaza y una oportunidad», Recycla Chile S.A. y Fundación Casa de la Paz, Octubre 2007, p. 7

electrónicos dados de baja por el ministerio, para contribuir a mejorar los tiempos y costos administrativos en el manejo y administración de los materiales y artefactos electrónicos que se pueden reciclar, además de potenciar de manera efectiva el cuidado del medioambiente, según señala uno de los considerandos del acto administrativo que llamó a la respectiva propuesta pública⁸⁶.

El procedimiento de contratación buscaba, como objetivo específico, proceder en forma rápida, oportuna y eficiente en el manejo de los desechos electrónicos para que sean procesados, reciclados, o reintegrados a los ciclos de producción en forma adecuada con el medio ambiente⁸⁷. Para lograr este objetivo, el proveedor adjudicado sería requerido por el MINVU para realizar inventarios de *e-waste*, entregando una cotización por los servicios requeridos la que sería evaluada por el MINVU, y, de considerarla oportuna y conveniente, el proveedor procedería a la ejecución efectiva del servicio contratado.

Para asegurar el adecuado manejo de los residuos, el proveedor adjudicado debería presentar un certificado notarial que acredite el destino y proceso del reciclaje de los artículos electrónicos y computacionales respectivos.

La licitación se efectuó a través del Sistema de Información www.mercadopublico.cl, asignándose el ID N° 587-55-LE10.

Los criterios de evaluación y ponderaciones de esta licitación fueron los siguientes:

Criterio	Ponderador	Indicador	Fórmula de cálculo
Precio	40%	Costo por el servicio a contratar	$(\text{Precio mínimo ofertado} / \text{Precio a evaluar}) \times 100$
Cobertura geográfica	30%	Regiones donde la empresa prestará el servicio	$(\text{N° de regiones a evaluar} / \text{Mayor N° de regiones ofertadas}) \times 100$
Calidad Técnica de los Bienes o Servicios	20%	Servicios Adicionales ofrecidos por el proveedor	$(\text{N° de puntos de atributos a evaluar} / \text{Cantidad mayor de N° de puntos de atributos ofertados}) \times 100$
Mejores Condiciones de Empleo y Remuneración	5%	Mejoras y beneficios a las condiciones de empleo y remuneración	1 a 2 beneficios= 30 pts. 3 a 4 beneficios = 60 pts. 5 o más beneficios= 100 pts. $(\text{N° de puntos a evaluar} / \text{cantidad mayor de N° de puntos ofertados}) \times 100$
Cumplimiento de los requisitos	5%	Cumplimiento de los requisitos formales de presentación de las ofertas	Cumple: 100 puntos No cumple: 0 puntos

86. Resolución Exenta N° 1.388, de 4 de marzo de 2011, de la Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo.

87. Cláusula 10.21 de las respectivas bases de licitación.

Se presentó solo una empresa oferente —«Recycla Chile S.A.»—, la cual resultó finalmente adjudicada.

Según datos disponibles, el MINVU habría reciclado 13.292 kg de residuos electrónicos a nivel nacional durante la ejecución de esta contratación⁸⁸. El contrato permaneció vigente hasta el año 2014. Durante el año 2014, el MINVU efectuó un nuevo llamado a licitación para contratar el señalado servicio por un periodo de 24 meses⁸⁹, la cual no tuvo ofertas admisibles, contratándose finalmente el servicio el año 2015 a través de contratación directa⁹⁰.

La exitosa experiencia del MINVU ha sido replicada por otros organismos públicos como son el Ministerio de Bienes Nacionales (año 2011⁹¹ y 2016⁹²), la Municipalidad de Pucón (año 2012⁹³), Carabineros de Chile (año 2013⁹⁴), Servicio de Registro Civil e Identificación (2014⁹⁵), entre otros.

4.3. Licitación con especificaciones técnicas y criterio de evaluación sostenible

El Gobierno Regional de Tarapacá, durante el año 2016, llamó a licitación pública para contratar el servicio de electrificación fotovoltaica de 10 escuelas y 3 postas rurales de la Región de Tarapacá⁹⁶.

El objetivo de la contratación era la electrificación de los establecimientos mencionados mediante fuentes de energías renovables no convencionales, específicamente fotovoltaica, con el objetivo de otorgarles suministro seguro y continuo a las escuelas y postas rurales cuya interconexión a la red eléctrica más cercana no es posible por su lejanía e infactibilidad técnica y/o económica, o bien se encuentran conectados a un suministro eléctrico parcial por medio de grupos electrógenos propios o de la localidad aislada más cercana⁹⁷.

88. Dirección de Compras y Contratación Pública y CicloAmbiente, *Caso de estudio: reciclaje de residuos electrónicos Ministerio de Vivienda y Urbanismo*, Disponible en http://www.comprassustentables.cl/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=2&Itemid=2 p. 7.

89. Resolución Exenta Electrónica N° 712, de 10 de noviembre de 2014, de la Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo que autorizó el llamado a Licitación Pública ID 587-90-LE14.

90. Resolución Exenta N° 7.296, de 23 de septiembre de 2015, de la Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo, que Aprueba términos de referencia, y documento que indica, autoriza la contratación directa con Servicios MAG Limitada el servicio de manejo responsable de desechos tecnológicos, eléctricos, electrónicos y otros.

91. Orden de Compra N° 3553-1148-SE11, servicio de reciclaje.

92. Orden de Compra N° 3553-833-SE 16 y N° 3553-834-SE16, servicio de reciclaje de residuos electrónicos.

93. Orden de Compra N° 2387-720-SE12 y N° 2387-723-SE12, servicio residuos eléctricos.

94. Orden de Compra N° 4928-570-SE13, traslado y disposición de desecho tecnológico.

95. Orden de Compra 545854-387-SE14, servicio de reciclaje de tóner a nivel nacional.

96. Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas aprobadas mediante Resolución Afecta N° 94, de 9 de octubre de 2015, del gobierno Regional de Tarapacá, tomada razón con alcance el 3 de noviembre de 2015.

97. Artículo 1° de las bases de licitación.

Esta licitación formó parte de la agenda energética impulsada por el Ministerio de Energía, la cual tuvo, como principal desafío, dotar al 100% de las escuelas y postas rurales de Chile de energía eléctrica para el año 2017⁹⁸.

El proceso licitatorio se realizó a través del Sistema de Información, siendo publicada con el ID N° 768-29-LR16, el 27 de diciembre de 2016.

Dentro de los criterios de evaluación se incluyó el denominado «cuidado e impacto ambiental», con una ponderación de 2% en la evaluación total de las propuestas, el cual consistía en acompañar una declaración en la cual el oferente se comprometía, durante la ejecución del proyecto, a realizar las obras respetando el medio ambiente y su entorno, detallando los cuidados y procedimientos que utilizaría para dicho fin. Lamentablemente, en las bases de licitación respectivas, no se asocia ningún tipo de control o sanción administrativa por el incumplimiento de lo ofertado por al adjudicado.

En el procedimiento licitatorio se presentaron 6 oferentes, resultando finalmente adjudicado el servicio a una unión temporal de proveedores que se autodenominó «SAESA-WC»⁹⁹.

Revisando la declaración de sostenibilidad de la oferta ganadora, se observa que la misma sólo recoge un conjunto de obligaciones que son el estándar mínimo que exige la normativa vigente para labores como las incluidas en el servicio licitado, pero no incluye una real propuesta de protección medioambiental¹⁰⁰, con medidas tan simples, como por ejemplo, incluir un compromiso de reciclaje de restos de materiales o basura orgánica generadas durante las respectivas faenas. A pesar de lo expuesto, la oferta ganadora obtuvo la totalidad del puntaje en este criterio de evaluación.

4.4 Licitación con criterio de evaluación sostenible

El Hospital San José, con ubicación en la ciudad de Santiago, efectuó un procedimiento licitatorio para contratar el servicio de alimentación para sus funcionarios y la remodelación del espacio físico donde se presta dicho servicio. Para lograr este objetivo, durante el año 2017, llamó a un procedimiento de licitación pública¹⁰¹,

98. <http://www.energia.gob.cl/programa-de-energizacion-rural-y-social-perys>.

99. Resolución Exenta N° 313, de 1 de junio de 2017, del Gobierno Regional Tarapacá, que Adjudica Licitación Pública N° 768-29-LR16.

100. La propuesta incluye los siguientes «cuidados» medioambientales: contar con vehículos acorde al trabajo a realizar con revisión técnica al día; considerar solo generadores nuevos con certificados de emisión al día; instalación de faenas de acuerdo a la legislación vigente; identificar los diferentes materiales de trabajo para evitar desperdicios; acumulación de restos de materiales de trabajo en zonas delimitadas para su posterior retiro y envío a un vertedero autorizado; no se considera la utilización de materiales peligrosos ni emisión de gases contaminantes a la atmósfera; control permanente del cumplimiento legislativo y revisión periódica de comportamiento ambiental. Disponible en www.mercadopublico.cl, en el ID de la respectiva licitación ya señalado.

101. Resolución Afecta N° 1429, de 7 de septiembre de 2016, del Hospital san José, tomada razón el 27 de diciembre de 2016, que Aprueba bases de licitación «servicio de alimentación para funcionarios y remodelación de la planta física del servicio de alimentación del hospital San José».

el cual se publicó en el Sistema de Información con el ID N° 1549-3-LR17, el 6 de enero de 2017.

Las bases de licitación establecían la obligación de presentar un anexo denominado «impacto ambiental», cuya finalidad era que los oferentes declararan si disponían de sistema de reciclaje de sus residuos de producción y/o de sus materiales de desecho. Para efectuar esta declaración, se debía adjuntar una declaración jurada simple y/o certificado que acreditara el tipo de material que reciclaba, institución que realiza el reciclaje y número de convenio con dicha institución¹⁰². Esta declaración era evaluada a través del criterio de evaluación denominado «impacto medioambiental», cuya ponderación era del 5% del total de la evaluación respectiva.

Las bases de licitación no contemplaron ningún mecanismo de control de lo ofertado por el proveedor adjudicado en relación a su declaración de «impacto ambiental» durante la correspondiente ejecución contractual.

En este procedimiento de contratación se presentaron 4 oferentes, siendo adjudicado el proveedor «Compass Catering S.A.»¹⁰³. La oferta ganadora presentó un programa de impacto ambiental que incluye certificaciones ISO 14001, así como un compromiso de gestión denominado «*Health Safe Environment*», los cuales incluyen monitoreo de cumplimientos de metas en gestión ambiental, especialmente en manejo de residuos.

5. CONSIDERACIONES FINALES

1. A partir de los avances que ha hecho Chile en materia de CPS, es posible sostener que se está dirigiendo hacia un cambio de paradigma que permita contar con un modelo de consumo y producción que fomente el desarrollo social y económico, pero que reconoce que el límite de tal desarrollo se encuentra en la sostenibilidad ambiental.

2. Especialmente, en materia de compras y contratación pública sostenible, este tipo de modalidad de CPS desempeña un papel protagónico en la creación o fortalecimiento de demanda de productos y servicios ambientales por parte de los consumidores y, consecuentemente, la adopción de modelos de gestión de los proveedores, toda vez que las compras públicas representan una gran proporción del mercado¹⁰⁴. Es más, contar con una política de compras públicas sostenibles propende a cumplir con una serie de objetivos gubernamentales en materia ambiental, tales como la reducción de residuos, de emisión de gases contaminantes, la deforestación, así como ayudar en la lucha contra el cambio climático¹⁰⁵.

102. Cláusula 13.2, antecedentes técnicos, de las respectivas bases de licitación.

103. Resolución Exenta N° 3590, de 31 de mayo de 2017, del Hospital San José, que Adjudica licitación ID 1549-3-LR17.

104. OECD, op. cit, n. 412, p. 127.

105. Ministerio de Medio Ambiente y German Federal Ministry for the Environment, op. cit., p. 438.

3. Sin embargo, aún quedan importantes desafíos regulatorios, no solo en materia de contratación pública, sino en la implementación de otros instrumentos de gestión ambiental en la materia.

4. Para alcanzar objetivos claros en materia ambiental, es necesario diseñar e implementar una política pública obligatoria de incorporación de criterios medioambientales que considere el ciclo de vida de la contratación pública; ya sea incluyéndolos durante las respectivas evaluaciones a los proveedores, o como requerimientos del bien o servicio a ser contratado, pero, en ambos casos, controlando su cumplimiento durante la ejecución del contrato respectivo. La problemática ambiental requiere, entonces, de diversas posibilidades de ser abordada a través de la contratación pública, y decidir cuál sería el instrumento adecuado para ello dependerá de las definiciones que cada país realice de su propio sistema de compras públicas.

5. Integrar criterios ambientales en las diferentes etapas del procedimiento de adquisición entrega una clara señal a los proveedores sobre los aspectos relevantes que se han definido en una determinada política pública, debiendo, en todo caso, definirse exigencias graduales para no limitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a las oportunidades de negocio que ofrece el Estado. Decisiones como estas implican orientar un determinado sistema de compras públicas a satisfacer necesidades más allá de las inmediatas que se logran a través de la respectiva contratación, sino de largo plazo, como son las de conservación ambiental, pero definiendo metas específicas a ser logradas que puedan ser monitoreadas adecuadamente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Artículos y monografías

- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamento de Derecho Ambiental*, (Valparaíso, Ediciones Universitarias, 2014).
- BERNSTEIN, Steven, *The United Nations and the Governance of Sustainable Development Goals*, en Kanie, Norichika y BIERMANN, FRANK (ed.), *Governing through Goals: Sustainable Development Goals as Governance Innovation* (Cambridge, The MIT Press, 2017).
- BERTAZZO, Silvia, *La incorporación de criterios ambientales en la contratación pública. La experiencia europea*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLVI (Valparaíso, Chile, 1er semestre de 2016), pp. 255-285.
- GUPTA, Joyeeta & NILSON, Måns, *Toward a Multi-level Action Framework for Sustainable Development Goals*, en Kanie, Norichika y Biermann, Frank (ed.), *Governing through Goals: Sustainable Development Goals as Governance Innovation* (Cambridge, The MIT Press, 2017).
- LAZO, Ximena, *Compra pública verde: novedades introducidas por la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*, en Gestión de compras: la revista

- de los profesionales de compras, aprovisionamientos y gestión de materiales, Año 14, N°. 92, 2014, pp. 44-47.
- LOEWE, Markus, *Post 2015: How to Reconcile the Millennium Development Goals (MDGs) and the Sustainable Development Goals (SDGs)?*, Briefing Paper 18/2012, German Development Institute. http://edoc.vifapol.de/opus/volltexte/2013/4583/pdf/BP_18.2012.pdf
- LÓPEZ TOLEDO, Purificación, *La consideración de aspectos ambientales en la contratación pública*. Tesis doctoral. Universidad de Castilla de la Mancha, 2014. Acceso el 13 de octubre de 2017. <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/3968/TESIS%20L%C3%B3pez%20Toledo.pdf?sequence=1>
- NICÓLAS, Jenny, *Contratación administrativa a través de convenios marco: naturaleza jurídica y aplicación práctica*, en Revista de Derecho Administrativo Económico, Año 2015, N° 20, pp. 43-80.
- OLLER RUBERT, Marta *La inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública*, en Revista Catalana de dret Ambiental, Vol. 1, Núm. 1 (2010), pp. 1-34. <http://www.raco.cat/index.php/rcda/article/view/326925/417413>
- O'RYAN, Raúl Y SCHAPER, Marianne, *Marco conceptual*, en Rovira, Sebastián; Patiño, Jorge; Schaper, Marianne (Compiladores), *Ecoinnovación y producción verde Una revisión sobre las políticas de América Latina y el Caribe*, (Santiago, CEPAL, 2017). http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40968/1/S1700072_es.pdf
- PERNAS GARCÍA, Juan José, *Contratación Pública verde*, (Madrid, Editorial La Ley, 2011)
- POGGE, Thomas y MITO SENGUPTA, *The Sustainable Development Goals (SDGS) as Drafted: Nice Idea, Poor Execution*, en Washington International Law Journal Association, VOL. 24 N. 3, 2015.
- STEINBACH, Nancy, VIVEKA PALM, Sebastian Constantino y RODRIGO PIZARRO Gariazzo, *Monitoring the Shift to Sustainable Consumption and Production Patterns in the context of the SDGs*, Advance Copy, February 23, 2016. <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/2298SCP%20monitoring.pdf>

Instrumentos normativos internacionales

- CEPAL, 2017, *Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Una oportunidad para América Latina y el Caribe*. Acceso el 06 de octubre de 2017. http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/S1700334_es.pdf?sequence=10&isAllowed=y
- OECD, 2011, *Hacia el Crecimiento Verde*. Acceso el 28 de septiembre de 2017. <https://www.oecd.org/greengrowth/Towards%20Green%20Growth%20Brochure%20SPANISH%20WEB%20Version.pdf>
- OECD, 2016, *Informe «Evaluaciones del desempeño ambiental. Chile»*. Acceso el 13 de octubre de 2017. http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40308/S1600413_es.pdf

ONU, 2012, *Marco Decenal de Programas sobre modalidades de consumo y producción sostenibles*, http://portal.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2014/10/4_10YFP_spanish.pdf

ONU, 2015, *Transformar nuestro mundo: La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Acceso el 28 de septiembre de 2017. <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/70/1>

Instrumentos normativos nacionales

CHILECOMPRA, Directiva de Contratación Pública N°9 «*Instrucciones para la Contratación de Bienes y Servicios Incorporando Criterios de Eficiencia Energética*», 14 de marzo de 2008.

CHILECOMPRA, Directiva de Contratación Pública N°13, «*Instrucciones para realizar contrataciones sustentables en el mercado público chileno*», 23 de mayo de 2011.

CHILECOMPRA, «*Política de Compras Públicas Socialmente Responsables, De la sustentabilidad a la responsabilidad social*», 2012.

CHILECOMPRA, Directiva de Contratación Pública N°25, «*Recomendaciones para la contratación de bienes y servicios incorporando criterios ambientales y de eficiencia energética*», 6 de junio de 2016.

Ley N° 19.886 de Bases sobre contratos administrativos de suministros y prestación de servicios. Publicada en el Diario Oficial el 30 de Julio de 2003.

Ministerio de Hacienda, Decreto Supremo N° 250, publicado en el Diario Oficial el 24 de septiembre de 2004.

Ministerio de Hacienda y Ministerio de Medio Ambiente, *Estrategia Nacional de Crecimiento Verde*, 2013.

Ministerio de Hacienda, Decreto Supremo N°1410, publicado en el Diario Oficial el 12 de mayo de 2015.

Ministerio de Relaciones Exteriores, Decreto N° 49 de 2016. Publicado en el Diario oficial el día 25 de mayo de 2016.

Ministerio de Medio Ambiente, *Programa Nacional de Consumo y Producción Sustentables*, 2016.

Ministerio de Desarrollo Social, *Informe voluntarios nacional: Chile Agenda 2030 y Objetivos de Desarrollo Sostenible*, 2017.

PARTE II

Capítulo 16

LA HUELLA AMBIENTAL. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y NUEVAS PERSPECTIVAS

Bárbara Abril Gabis

Graduada en Ciencias Ambientales

Universidad de Alcalá

SUMARIO: Resumen. 1. ¿Qué es la huella ambiental? 2. Recomendación de la comisión. 3. RCHAP y RSHAO. 4. Metodología. 4.1. Modificaciones respecto Normas ISO. 4.2. Definición de Objetivo. 4.3. Definición del Alcance. 4.3.1. Definición de Unidad de Análisis. 4.3.2. Definición de los Límites del Sistema. 4.3.3. Selección de Categorías de Impacto y Métodos de Evaluación. 4.4. Compilación y Registro del Perfil de Uso de los Recursos y de Emisiones. 4.5. Evaluación de Impacto de la Huella Ambiental. 5. Fase piloto. 6. Conclusiones

RESUMEN

El presente trabajo se centra en la presentación de los aspectos claves de la nueva herramienta de cálculo del comportamiento ambiental, la huella ambiental, desde un punto de vista divulgativo. La principal referencia legislativa, recae sobre la Recomendación de la Comisión del 9 de Abril de 2013, sobre el uso de métodos comunes para medir y comunicar el comportamiento ambiental de productos y organizaciones a lo largo de su ciclo de vida. Esta Recomendación, presenta a la nueva herramienta con la finalidad de hacer frente a los problemas que surgen de la existencia de diversas metodologías de cálculo del comportamiento ambiental, e indirectamente a los problemas a los que se enfrentan los productos ecológicos.

1. ¿QUÉ ES LA HUELLA AMBIENTAL?

La Recomendación establece una definición tautológica y escasamente explicativa de la huella ambiental. La define como, «resultado de un estudio de la huella ambiental de los productos/organizaciones basado en el método de la huella ambiental de los productos/organizaciones» (Recomendación de la Comisión 2013, Art. 2 letras c y d). A su vez, define al método de la huella ambiental de los productos/organizaciones como, «método general para medir y comunicar el impacto ambiental potencial de un producto/organización en el ciclo de vida» (Recomendación de la Comisión 2013, Art. 2 letras a y b). En base a estas definiciones, se puede establecer una definición más directa de huella ambiental, como herramienta que permite medir y comunicar el impacto potencial de un bien, servicio u organización a lo largo de su ciclo de vida

La huella ambiental se presenta con la finalidad de hacer frente a los problemas que surgen debido a la existencia de diversas metodologías basadas en el análisis del comportamiento ambiental de productos y organizaciones y, por lo tanto, los problemas relacionados con los productos ecológicos. Los productos ecológicos son aquellos «productos que presentan un uso más eficiente de los recursos y provocan menos daños ambientales a lo largo de su ciclo de vida que otros productos similares de su misma categoría», es decir, «es su comportamiento ambiental el que los define como ecológicos» (Comisión Europea 2013:3, Apartado 2.2).

Entre los problemas a los que se enfrentan destacan los siguientes (Comisión Europea 2013:5-7 Apartado 3):

a) Existencia de numerosas metodologías.

El hecho de que existan diversas metodologías de cálculo del comportamiento ambiental (tales como la huella de carbono, la huella hídrica, la huella ambiental y la huella ecológica, entre otras), dificulta, o incluso hace imposible la comparabilidad de los resultados. Además, suponen gastos considerables e innecesarios para las empresas por la falta de coherencia en aplicación de métodos, requisitos de etiquetado y verificación, etc.

b) «Falta de definición científica de aceptación general del término producto ecológico» (Comisión Europea 2013:5, Apartado 3.1).

La existencia de diversas metodologías, que dificultan la comparabilidad de resultados, no permite que se establezca una definición universal de los requisitos que debe cumplir un producto para ser considerado como ecológico.

A raíz de estos y otros problemas, se publican las Conclusiones del Consejo Europeo, del 20 de diciembre de 2010, en las que se invitaba a la Comisión «a desarrollar una metodología común para la evaluación cuantitativa de las repercusiones de los productos en el medio ambiente durante todo su ciclo de vida» (Consejo del Medio Ambiente 2010 citado en Recomendación de la Comisión 2013, Considerando 4).

A pesar de que la huella ambiental sea una nueva herramienta, las metodologías de análisis del comportamiento ambiental tienen su origen en 1965 de la mano del Instituto de Gestión Logística de Estados Unidos, que indagó sobre el coste del ciclo de vida (en sentido amplio, no así definido) de productos con larga vida como tanques y tractores (Sherif and Kolarik, 1981).

Lo que diferencia a la huella ambiental de otras metodologías de medición del comportamiento ambiental, es que ésta considera todos los impactos (todas las categorías de impacto) a lo largo del ciclo de vida del producto o la organización, mientras que otras, como la huella de carbono, la huella hídrica, la huella ecológica, etc..., consideran los impactos relacionados con una categoría de impacto específica, o un conjunto de ellas.

2. RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN

La Recomendación se redactó por la Comisión Europea como respuesta a las Conclusiones del Consejo Europeo, del 20 de diciembre de 2010, en las que se invitaba a la Comisión «a desarrollar una metodología común para la evaluación cuantitativa de las repercusiones de los productos en el medio ambiente durante todo su ciclo de vida». Es un acto no legislativo, política voluntaria, que posiblemente acabe siendo de aplicación obligatoria.

La misma, persigue la creación de un mercado único de productos con mejor comportamiento ambiental y que la medición de este comportamiento se realice con una metodología común, así como, informar a consumidores y empresas para la toma de decisiones fundadas.

Se puede afirmar que la Recomendación supone una gran evolución a los problemas a los que se enfrentan las metodologías de medición del comportamiento ambiental y, por lo tanto, los productos ecológicos, puesto que, al establecer una única metodología de medición del comportamiento ambiental a nivel europeo (ya sea para productos u organizaciones), podría tener lugar la comparabilidad de los resultados y se unificarían los requisitos exigibles entre países, abaratándose los costes de introducción del producto en el mercado y, por lo tanto, reduciendo los precios de venta de los productos.

Para la elaboración de la Recomendación, se realizaron ensayos previos en 2011 y 2012, dónde se pusieron a prueba las metodologías de cálculo de la huella ambiental de los productos y las organizaciones, en 10 productos de distintos sectores [agricultura, sector minorista, construcción, sector químico, TIC, alimentación, industria (calzado, televisiones y papel)] y 10 organizaciones (sector minorista, alimentación, producción de energía, abastecimiento de agua, piensos, sector público, TIC, minería, sector químico y fabricación de papel) (Comisión Europea 2013:3, Apartado 4.2).

La información correspondiente a la metodología de cálculo de la huella ambiental de los productos y las organizaciones se encuentra desarrollada en los anexos II y III respectivamente.

3. RCHAP Y RSHAO

Junto con la Recomendación, numerosos documentos referentes al enfoque del ciclo de vida, ponen especial énfasis en la elaboración de las Reglas de Categoría de Huella Ambiental de Productos (RCHAP) y las Reglas Sectoriales de Huella Ambiental de Organizaciones (RSHAO).

Los requisitos para la elaboración de estas Reglas vienen descritos en las Guías de HAP y HAO, incluidas en la Recomendación. Sin embargo, dada su relevancia, la Comisión Europea incluye detallada información sobre su elaboración en las Guías «Guidance for the implementation of the EU Product Environmental Footprint (PEF) during the Environmental Footprint (EF) pilot phase» (Comisión Europea 2016¹) y «Guidance for the implementation of the EU Organisation Environmental Footprint (OEF) during the Environmental Footprint (EF) Pilot Phase» (Comisión Europea 2016²).

La finalidad de estas Reglas, es mejorar la reproducibilidad, calidad, coherencia y pertinencia de los estudios de huella ambiental, principios en los que se basa la Recomendación, contribuyendo a la reducción de los costes, esfuerzos y tiempo empleados en la elaboración del estudio.

No es necesaria la elaboración de estas Reglas para estudios que no se basarán en comparaciones previstas para su divulgación al público.

Las RCHAP son un conjunto de reglas que completan las orientaciones metodológicas generales para los estudios de la HAP, proporcionando especificaciones adicionales respecto a una categoría de producto específica (Recomendación de la Comisión 2013, Anexo II Apartado 11).

Las RCHAP se basan en las Reglas de Categoría de Producto (RCP) descritas por las Normas ISO. Las RCP son «un conjunto de reglas específicas, requisitos y guías para el desarrollo de las declaraciones ambientales tipo III para una o más categorías de producto» (UNE-EN-ISO 14025:2006, Apartado 3.5).

La norma UNE-EN-ISO 14025 establece el contenido mínimo que deben de tener las RCP y, por lo tanto, también las RCHAP.

Las RSHAO son un conjunto de reglas que completan las orientaciones metodológicas generales para los estudios de la HAO, proporcionando especificaciones adicionales respecto a un sector específico (Recomendación de la Comisión 2013, Anexo II Apartado 11).

A modo resumen, se puede establecer que, las RCHAP y RSHAO son las «recetas» elaboradas específicamente para cada categoría de producto o sector, con la finalidad de definir una metodología común para un producto u organización modelo que permita comparar los resultados obtenidos y disminuir el tiempo y los esfuerzos dedicados.

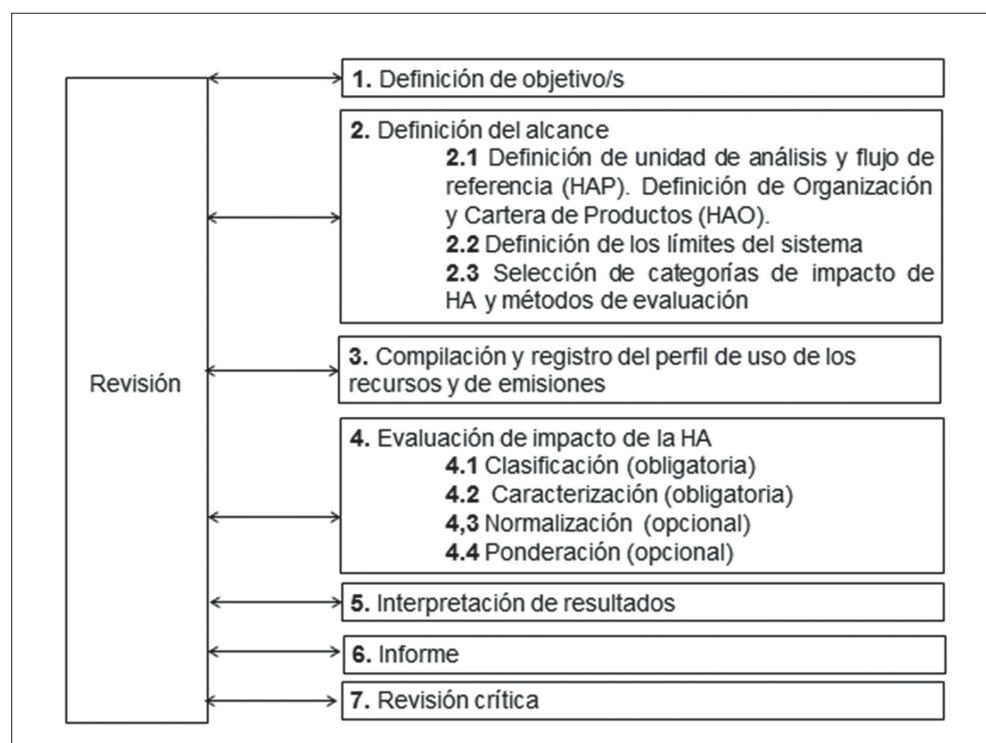
4. METODOLOGÍA

La metodología de cálculo de la huella ambiental de los productos y de las organizaciones, se encuentra desarrollada en los Anexos II y III de la Reco-

mendación. Sin embargo, con la finalidad de obtener una visión global, se procederá a explicar ambas metodologías de forma conjunta. Cabe destacar que ambas huellas están relacionadas, ya que, la sumatoria de todas las huellas ambientales de los productos, da lugar a la huella ambiental de las organizaciones en un año.

El siguiente esquema muestra las fases de las que consta un estudio de huella ambiental. En los siguientes apartados, se procederá a explicar estas fases de forma simplificada.

Figura 1: Fases del estudio de Huella Ambiental (Elaboración propia)



4.1. Modificaciones respecto Normas ISO

El referente de las metodologías basadas en el análisis de ciclo de vida es la norma ISO 14044 «Gestión ambiental. Análisis del ciclo de vida. Requisitos y directrices».

Tras un análisis comparativo, se observa que las fases de las que consta un estudio de huella ambiental de productos y de organizaciones, establecido en la Recomendación, siguen cierto paralelismo con el contenido del estudio del análisis del ciclo de vida, descrito en la ISO 14044. Sin embargo, la Recomendación modifica terminología y se organiza de forma distinta.

Figura 2: Diferencias entre fases Recomendación 2013 e ISO 14044.
(Elaboración propia)

Fases estudio HA (Recomendación 2013)	Fases estudio ACV (ISO 14044)
1. Definición de objetivo/s	1. Definición del objetivo y del alcance
2. Definición del alcance	
3. Compilación y registro del perfil de uso de los recursos y de emisiones	2. Análisis del Inventario del ciclo de vida (ICV)
4. Evaluación de impacto de la huella ambiental	3. Evaluación de impacto del ciclo de vida (EICV)
5. Interpretación de los resultados	4. Interpretación del ciclo de vida
6. Informe	5. Informe
7. Revisión crítica	6. Revisión crítica

Figura 3: Comparación términos clave ISO 14044:2006 y Recomendación 2013
(Modificado de Recomendación de la Comisión 2013)

ISO 14044:2006	Recomendación 2013
Unidad funcional	Unidad de análisis
Análisis del inventario del ciclo de vida	Perfil de uso de los recursos y de emisiones
Evaluación del impacto del ciclo de vida	Evaluación de impacto de la huella ambiental
Interpretación del ciclo de vida	Interpretación de la huella ambiental
Categoría de impacto	Categoría de impacto de la huella ambiental
Indicador de categoría de impacto	Indicador de categoría de impacto de la huella ambiental

4.2. Definición del Objetivo

La primera fase del estudio de huella ambiental es la definición del objetivo. Según la Recomendación, la definición del objetivo deberá incluir «las aplicaciones previstas, las razones que justifican la realización del estudio y el contexto de la decisión, los destinatarios, la conveniencia de divulgar al público las comparaciones y/o aseveraciones comparativas, la organización que encarga el estudio y el procedimiento de revisión (si procede)» (Recomendación de la Comisión 2013, Anexo II Apartado 3.1).

Para ilustrar el contenido del objetivo la Recomendación presenta ejemplos de lo mismo:

Figura 4: Ejemplo de definición de objetivo de un estudio de HAP (Extraída de la Recomendación de la Comisión, 2013, Anexo II Apartado 3.1)

Ejemplo – Huella ambiental de una camiseta: definición de los objetivos

Aspectos	Detalles
Aplicaciones previstas:	Proporcionar al cliente información sobre el producto
Razones que justifican la realización del estudio y contexto de la decisión:	Responder a la solicitud de un cliente
Comparaciones previstas para su divulgación al público:	No. Se hará público, pero no está destinado a utilizarse para comparaciones o aseveraciones comparativas
Destinatarios:	Público técnico externo e interempresas
Revisión:	Revisor independiente externo, Sr. Y
Organización que encarga el estudio:	Empresa G

4.3. Definición del Alcance

En esta fase compleja se describirá el sistema a analizar incluyendo:

- El producto (HAP)
- La organización (HAO)
- Los límites del sistema
- Las categorías de impacto de la huella ambiental

4.3.1. Definición de Unidad de Análisis

La unidad de análisis es la unidad de referencia en la que se basarán los análisis en la evaluación de impacto.

En la huella ambiental de los productos, la unidad de análisis «describe cualitativa y cuantitativamente la función o funciones y la duración del producto» (Recomendación de la Comisión 2013, Anexo II Apartado 4.2). Para definirla se debe establecer (Recomendación de la Comisión 2013, Anexo III Apartado 4.2):

- La función o funciones / servicio o servicios prestados: «qué»
- La medida de la función o servicio: «cuánto»
- El nivel de calidad previsto: «cómo»,
- La duración / tiempo de vida del producto: «cuánto tiempo»,
- El/ los código(s) NACE.

En la huella ambiental de las organizaciones la unidad de análisis es la organización, la cual deberá definirse estableciendo (Recomendación de la Comisión 2013, Anexo III Apartado 4.2):

- El nombre de la organización
- Los tipos de bienes y servicios que produce la organización (es decir, el sector)
- Los lugares donde opera la organización (es decir, países)
- El código o códigos NACE

El código NACE procede de la Nomenclatura estadística de actividades económicas en la Comunidad Europea, y hace referencia a categorías de productos por actividad o por actividad económica principal (sector).

A continuación, se presenta un ejemplo de definición de unidad de análisis del producto «camiseta».

Figura 5. Ejemplo de Unidad de Análisis de HAP. (Modificado de Recomendación de la Comisión 2013, Anexo III Apartado 4.2)

PREGUNTA	Ejemplo: Unidad funcional de una camiseta
QUÉ	Camiseta (media de tallas S, M, L) de poliéster
CUÁNTO	Una camiseta
CÓMO	Utilizada una vez por semana y lavada a máquina a 30 grados
CUÁNTO TIEMPO	5 Años

4.3.2. Definición de los Límites del Sistema

Existen distintos conceptos para los límites del sistema, dependiendo de la huella ambiental tratada. En el caso de la huella ambiental de los productos, los límites del sistema son «las partes del ciclo de vida del producto y los procesos asociados que pertenecen al sistema analizado» (Recomendación de la Comisión 2013, Anexo II Apartado 4.3). Por otro lado, en la huella ambiental de las organizaciones, los límites del sistema son las «relaciones sociales, financieras y físicas» de la organización, que se incluirán en el estudio de huella ambiental (Recomendación de la Comisión 2013, Anexo III Apartado 4.4). En este caso, los límites del sistema deberán incluir los límites organizativos (límites físicos de la organización), junto con los límites de la HAO (qué partes de la cadena de suministro se incluyen en el análisis).

4.3.3. Selección de Categorías de Impacto y Métodos de Evaluación

En esta fase se llevará a cabo la selección de las categorías de impacto de la huella ambiental, junto con los modelos de evaluación y los indicadores de la

categoría de impacto. La selección deberá abarcar todos los impactos ambientales relevantes de la cadena de suministro/actividades de una organización, debiendo justificar la no inclusión de alguno de ellos.

Las categorías de impacto de la huella ambiental son categorías específicas de impacto, relacionadas con el uso de recursos y la emisión de sustancias perjudiciales para el medio ambiente y la salud. A cada categoría de impacto se le asigna un modelo de evaluación, que busca cuantificar mediante relaciones causales los impactos asociados a las entradas/salidas del sistema.

Las categorías de impacto de la huella ambiental son de «punto medio» (en lugar de considerar el punto final, por ejemplo, de pérdida de biodiversidad, se consideran las categorías que influyen en ese impacto final como son la eutrofización, acidificación, etc.).

Los indicadores de la categoría de impacto son una «representación cuantificable de las categorías de impacto» (UNE-EN-ISO 14044:2006, Apartado 3.40). El ejemplo más empleado es la categoría de impacto de cambio climático, cuyo indicador de categoría es el «kilogramo equivalente de CO₂».

La Recomendación establece una lista por defecto de catorce categorías de impacto de la huella ambiental, junto con el modelo de evaluación, el indicador de la categoría de impacto y la fuente empleada. A continuación, se presenta un cuadro resumen con algunas de las categorías de impacto y los indicadores de las mismas para cada HA.

Figura 9: Categorías de impacto e indicador correspondiente (Modificado de Recomendación de la Comisión 2013)

Categoría de impacto	Indicadores de categoría de impacto	
	HAP	HAO
Cambio climático	kilogramo equivalente de CO ₂	Tonelada equivalente de CO ₂
Agotamiento de la capa de ozono	kilogramo equivalente de CFC-11	Kilogramo equivalente de CFC-11
Ecotoxicidad para ecosistemas de agua dulce	CTUe (Unidad tóxica comparativa para los ecosistemas)	CTUe (unidad tóxica comparativa para los ecosistemas)
Toxicidad humana - efectos cancerígenos	CTUe (Unidad tóxica comparativa para las personas)	CTUh (unidad tóxica comparativa para las personas)
Toxicidad humana - efectos no cancerígenos	CTUe (Unidad tóxica comparativa para las personas)	CTUh (unidad tóxica comparativa para las personas)
Partículas/sustancias inorgánicas con efectos respiratorios	Kilogramo equivalente de PM _{2,5}	Kilogramo equivalente de PM _{2,5}

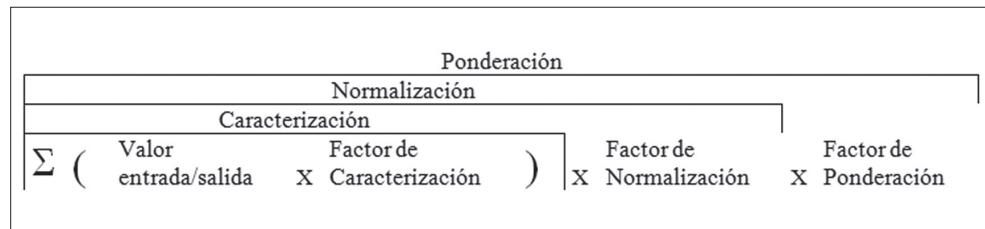
4.4. Compilación y Registro del Perfil de Uso de los Recursos y de Emisiones

En esta fase se debe elaborar el perfil de uso de los recursos y de emisiones, es decir, «un inventario (perfil) de todas las entradas/salidas de materia/energía y de las emisiones a la atmósfera y vertidos al agua y al suelo de la cadena de suministro del producto» (Recomendación de la Comisión 2013, Anexo II Apartado 5.1).

4.5. Evaluación de Impacto de la Huella Ambiental

Esta evaluación comprende dos fases obligatorias (clasificación y caracterización) y dos opcionales (normalización y ponderación). La siguiente fórmula resume los diferentes cálculos a realizar.

Figura 10: Fórmula de cálculo de evaluación de impacto (Elaboración propia).



A continuación, se procederá a explicar las distintas fases de la evaluación de impacto de la huella ambiental, de forma simplificada.

CLASIFICACIÓN: En esta fase obligatoria se lleva a cabo la asignación de categorías de impacto a cada entrada/salida del perfil de uso de los recursos y de emisiones.

CARACTERIZACIÓN: Se realiza el «cálculo de la magnitud de la contribución de cada entrada/salida clasificada en relación con sus respectivas categorías de impacto de la HA. Esta magnitud de contribución se calcula multiplicando los valores del perfil de uso de los recursos y de emisiones por el factor de caracterización correspondiente a cada categoría de impacto de la HA.»(Recomendación de la Comisión 2013, Anexos II y III Apartado 11).

Los factores de caracterización representan la intensidad del impacto de la sustancia considerada con respecto a una sustancia de referencia común para la categoría de impacto.

NORMALIZACIÓN: En esta fase recomendada, se multiplican los resultados de la caracterización por factores de normalización, con la finalidad de conocer «la magnitud de su contribución a las categorías de impacto de la HA y compararla

con una unidad de referencia (normalmente la presión relacionada con dicha categoría como consecuencia de las emisiones de todo un país o de un ciudadano medio durante un año)» (Recomendación de la Comisión 2013, Anexos II y III Apartado 6.2.1).

La finalidad de esta fase es obtener resultados adimensionales que permitan comparar las distintas categorías de impacto.

PONDERACIÓN: El objetivo de esta fase no obligatoria es valorar la importancia relativa de las distintas categorías de impacto, multiplicando los resultados normalizados por factores de ponderación, pudiendo agregar las distintas categorías de impacto para obtener un indicador del impacto global del producto u organización considerados.

La ponderación no es una fase obligatoria, debido a la necesidad de establecer juicios de valor basados en criterios de expertos, políticos, culturales o económicos.

5. FASE PILOTO

La Recomendación se encuentra actualmente en una fase de prueba o fase piloto de tres años, que finalizará el 31 de Diciembre de 2017, en la que más de 280 empresas y organizaciones voluntarias están probando los métodos propuestos para el cálculo de la huella ambiental, con una serie de productos u organizaciones representativas modelos (Comisión Europea 2017¹).

A continuación, se presenta un cuadro con algunas empresas multinacionales voluntarias y sus productos sobre los que se calcula la huella ambiental.

Figura 11: Empresas voluntarias de la Fase Piloto y grupo de productos propuesto. (Elaboración propia)

Grupo de productos	Empresa/s
Baterías recargables portátiles	Apple Inc.
Equipos informáticos-almacenamiento	Toshiba
Cuero (producto semielaborado o acabado)	IKEA
Calzado	The Adidas Group; Nike Inc.; Timberland
Camisetas	Décathlon
Cerveza	Carlsberg; Heineken
Café	Nestlé Nespresso
Productos lácteos	Danone

Tras la Fase Piloto tendrá lugar la Segunda Fase, en la cual se evaluarán los resultados de la Fase Piloto y se tendrá en cuenta si la metodología de cálculo de la huella ambiental «puede integrarse en una gama amplia de instrumentos existentes o nuevos» (Comisión Europea 2013:13, Apartado 4.4).

6. CONCLUSIONES

En primer lugar, cabe destacar el papel de la Recomendación de 2013, la cual establece un hito en las metodologías basadas en el estudio del análisis del ciclo de vida, presentando como nuevo concepto la huella ambiental.

Este documento, persigue la creación de un mercado único de productos con un mejor comportamiento ambiental (productos ecológicos), y que la medición de este comportamiento se realice con una metodología común.

Sin embargo, las metodologías de cálculo del comportamiento ambiental y, por ende, los productos ecológicos, se enfrentan a diversos problemas entre los que destaca la existencia de metodologías distintas, cuya aplicación acarrea esfuerzos importantes de tiempo y dinero a las empresas y entorpecen la comparación de resultados. La suma de estos problemas conlleva una falta de confianza del consumidor final, lo que dificulta una mayor implementación de estas metodologías. Otro problema que cabe destacar, es su dificultad de aplicación por requerir una integración de competencias interdisciplinarias.

En cuanto a la terminología, el término de huella ambiental aparece recogido por primera vez en la Recomendación de 2013. Dicho término es utilizado, con cierta frecuencia como sinónimo de huella ecológica. Es posible que este uso indistinto se explique en el lenguaje español ya que, la traducción del inglés «environmental footprint» puede entenderse como huella ambiental o huella ecológica.

Cabe destacar el papel de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública, en la definición de términos relacionados con el ciclo de vida.

Por otro lado, hay que subrayar el papel de las RCHAP y RSHAO. Las mismas juegan un papel clave en la mejora de la reproducibilidad, calidad, coherencia y pertinencia en los estudios de huella ambiental, contribuyendo a reducir los costes, esfuerzos y tiempo empleados en la elaboración del estudio. Su elaboración es obligatoria si se destina a comparaciones previstas para su divulgación al público.

La Comisión Europea destaca la relevancia de estas reglas y elabora dos guías para detallar su elaboración.

En cuanto a la metodología descrita en la Recomendación, las fases que debe contener un estudio de huella ambiental de productos y de organizaciones establecido en la Recomendación, siguen un paralelismo con el contenido de un estudio del análisis del ciclo de vida descrito en la ISO 14044. Sin embargo, la Recomendación modifica terminología y se organiza de forma distinta.

La Recomendación se encuentra actualmente en una fase piloto en la que los esfuerzos se centran en la elaboración de las RCHAP y RSHAO y en la prueba de los vehículos de comunicación. En esta fase piloto se está realizando una prueba de concepto con herramientas software, dónde se desarrolla un prototipo para que las PYME's puedan calcular el comportamiento ambiental de sus productos u organización.

Una vez concluida dicha etapa se iniciará la Segunda Fase en la que se evaluarán los resultados de la fase piloto.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Comisión Europea, (2013), «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Creación del mercado único de los productos ecológicos. Mejora de la información sobre el comportamiento ambiental de los productos y las organizaciones» Bruselas, COM (2013) 196 final.
- Citado como: (Comisión Europea 2013)
- DIRECTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE
- Citado como: (Directiva 2014/24/UE)
- EUROPEAN COMMISSION, (2016), «Guidance for the implementation of the EU Organisation Environmental Footprint (OEF) during the Environmental Footprint (EF) Pilot Phase», (Version 4.0).
- Citado como: (Comisión Europea 2016¹)
- EUROPEAN COMMISSION, (2016), «Product Environmental Footprint Pilot Guidance. Guidance for the implementation of the EU Product Environmental Footprint (PEF) during the Environmental Footprint (EF) pilot phase», (Version 5.2).
- Citado como: (Comisión Europea 2016²)
- EUROPEAN COMMISSION. «The Environmental Footprint Pilots». Retrieved 14/04,2017,from http://ec.europa.eu/environment/eussd/smgp/ef_pilots.htm
- Citado como: (Comisión Europea 2017)
- RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN de 9 de abril de 2013 sobre el uso de métodos comunes para medir y comunicar el comportamiento ambiental de los productos y las organizaciones a lo largo de su ciclo de vida, (2013).
- Citado como: (Recomendación de la Comisión, 2013)
- SHERIFF, Y.S., KOLARIK, W. J., 1981. Life cycle costing: concept and practice. Omega 9 (3), 287-296
- Citado como: (Sherif and Kolarik 1981)
- UNE-EN-ISO 14025:2006 Etiquetas y declaraciones ambientales. Declaraciones ambientales tipo III. Principios y procedimientos. Organización Internacional de Normalización. Ginebra (Suiza)
- Citado como: (UNE-EN-ISO 14025:2006)
- UNE-EN-ISO 14044:2006. Norma Técnica. Gestión Ambiental. Análisis de Ciclo de Vida. Requisitos y directrices. Requisitos del Ciclo de Vida. Organización Internacional de Normalización. Ginebra (Suiza)
- Citado como: (UNE-EN-ISO 14044:2006)

Capítulo 17

EL ANÁLISIS DEL CICLO DE VIDA: METODOLOGÍAS Y APLICACIONES

Pedro Letón García

Profesor Titular de Ingeniería Química

Universidad de Alcalá

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1 Definición. 1.2. Un poco de historia. 1.3. El Análisis del Ciclo de Vida como herramienta de Gestión Ambiental. 2. Metodología. 2.1. Etapas y normativa ISO. 2.1.1. Objetivo y Alcance. 2.1.2. Análisis del Inventario. 2.1.3. Evaluación de Impactos del Ciclo de Vida. A) Clasificación. B) Caracterización y Normalización. C) Valoración y ponderación. 2.1.4. Interpretación de resultados. 3. Aplicaciones. 3.1. Aplicaciones generales. 3.2. Ecoetiquetas. 3.3. La Huella de Carbono y la Huella Ambiental. 4. Hacia el análisis sostenible del ciclo de vida. 4.1. El Análisis de Costes del Ciclo de Vida. 4.2. El Análisis Social del Ciclo de Vida.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la aparición del término Desarrollo Sostenible en el informe *Nuestro futuro en común*, más conocido como «Informe Brundtland» y elaborado en 1987 por la Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo perteneciente a la ONU, la preocupación mundial a todos los niveles por el medio ambiente ha conocido un importante impulso. De una manera más o menos paralela, se ha desarrollado una herramienta, denominada *Análisis del Ciclo de Vida* (ACV)¹, que en la actualidad está conociendo un amplio consenso como herramienta imprescindible para evaluar el impacto ambiental asociado a cualquier producto o actividad humana y, por lo tanto, tener una idea lo más real posible de la sostenibilidad de los procesos y actividades humanas.

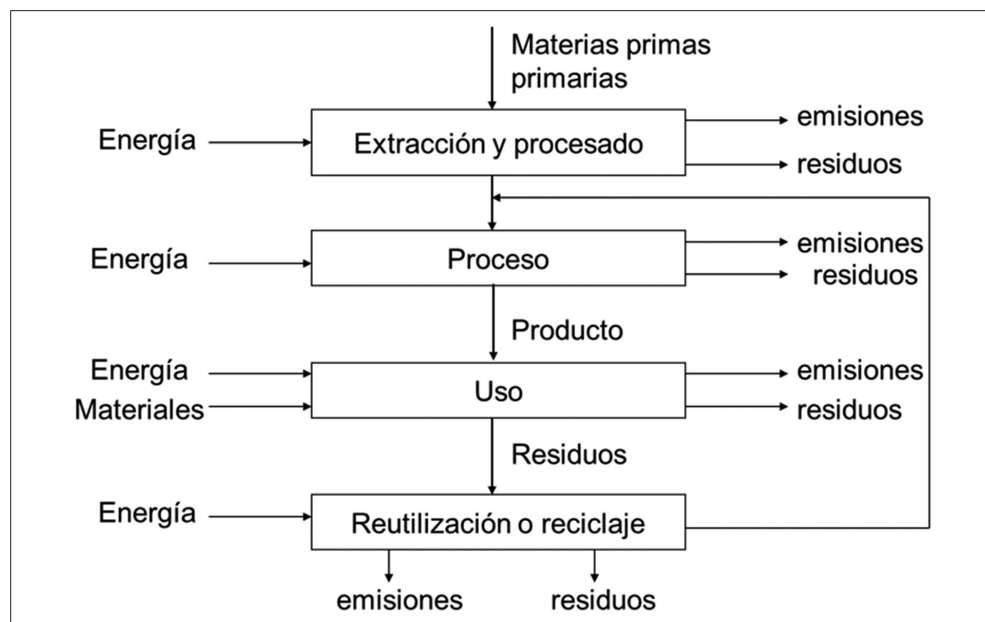
1. En inglés, *Life Cycle assessment*, LCA.

1.1. Definición

Una de las definiciones más completas la propuso la *Society of Environmental Toxicology and Chemistry* (SETAC), una sociedad de ámbito internacional dedicada al estudio, análisis y resolución de problemas ambientales, y que fue uno de los organismos que más impulsaron la utilización del ACV en sus inicios en la década de los 80 y 90: «El ACV es un proceso objetivo para evaluar las cargas ambientales asociadas a un producto, proceso o actividad, identificando y cuantificando el uso de materia y energía y los vertidos al entorno; para determinar el impacto que ese uso de recursos y esos vertidos producen en el medio ambiente, y para evaluar y llevar a la práctica estrategias de mejora ambiental. El estudio incluye el ciclo completo del producto, proceso o actividad, teniendo en cuenta las etapas de: extracción y procesamiento de materias primas; producción, transporte y distribución; uso, reutilización y mantenimiento, y reciclado y disposición del residuo» (SETAC, 1993)

De la misma manera, la *INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION* (ISO), tomó cartas en el asunto, estableciendo unas normas mínimas para la estandarización en la metodología de estos estudios, definiendo el ACV como «técnica para determinar los aspectos ambientales e impactos potenciales asociados con un producto: compilando un inventario de las entradas y salidas relevantes del sistema; evaluando los impactos ambientales potenciales asociados a esas entradas y salidas, e interpretando los resultados de las fases de inventario e impacto en relación con los objetivos del estudio» (ISO 14040, 1997).

Figura 1. Esquema simplificado de un ciclo de vida de un producto



Como se puede apreciar, se hace mención expresa al ciclo de vida del producto o actividad, concepto fundamental y que, como se puede observar en la Figura 1, consiste en tener en cuenta todas las etapas del ciclo de vida, desde la extracción de las materias primas, su procesado, transporte, fabricación del producto, uso y disposición final en vertedero o reciclaje. Algunas de las etapas requieren la utilización de otros productos, lo que conlleva a integrar realmente varios ciclos de vida en uno solo.

Esta visión global es imprescindible para evitar el trasvase de cargas ambientales de unas etapas a otras. En algunos casos podemos reducir el impacto en alguna de las etapas, pero puede tener como consecuencia el aumento del impacto en otra de las etapas.

1.2. Un poco de historia

En 1969, la compañía *Coca Cola* desarrolló lo que se puede considerar el primer ACV, que con título *Análisis del perfil ambiental y de recursos*² no fue difundido por su carácter confidencial (Hunt, 1996). Su objetivo era el de disminuir el consumo de recursos para así minimizar la cantidad de emisiones al medio ambiente enfocado especialmente al envase. Esta metodología de estudio se utilizó posteriormente por parte de empresas europeas en el sector de los envases, conocidos en aquel entonces como «Ecobalances». De manera paralela y a lo largo de la década de los 70 debido a la crisis energética del momento, se profundizó en los aspectos relacionados con los consumos energéticos.

En los 80's se llevaron a cabo numerosos estudios sin una metodología homogénea y con resultados muy diversos. En esa década, la SETAC unificó criterios metodológicos y realizó una importante labor en la unificación de inventarios. En 1993 lanzó su «Código de prácticas para el ACV» (SETAC, 1993) que supuso el punto de partida para la estandarización. La ISO tomó cartas en el asunto y editó las normas ISO 14040-43 entre los años 1997 y 2000. En la actualidad se han reunificado en las ISO 14040:2006 y 14044:2006. Todo ello ha masificado el uso de esta herramienta, editándose numerosos documentos técnicos para utilizar como guía en la elaboración de los estudios.

Después de más de 40 años de historia, ha tenido un desarrollo considerable y, aunque puede considerarse que aún está en una fase temprana de madurez, vive en la actualidad un periodo de pleno desarrollo.

1.3. El Análisis del Ciclo de Vida como herramienta de Gestión Ambiental

Existen otras herramientas de gestión más asentadas y conocidas, como la Auditoría Ambiental y la Evaluación de Impacto Ambiental, que cubren ciertos

2. Resource and Environmental Profile Analysis" (REPA)

aspectos medioambientales relacionados con empresas en funcionamiento o proyectos a desarrollar. El ACV se integra como una herramienta más para la gestión ambiental, quizá buscando un mayor alcance y precisión por cuanto busca evaluar numéricamente el impacto ambiental global asociado a cualquier actividad, considerando todo el ciclo de vida.

En la Tabla 1 se muestran las características de cada herramienta mencionada, distinguiendo claramente los objetivos de cada una de ellas así como el ámbito de aplicación. Mencionar que no se trata de herramientas que compitan por los mismos objetivos ni que sean aplicables siempre a los mismos hechos.

Tabla 1. Comparación del ACV con dos de las herramientas de gestión ambiental más conocidas: Auditoría Ambiental (AA) y Evaluación de Impacto Ambiental (EIA)

Metodo	Objeto	Objetivo	Proceso
ACV	Producto	Evaluación y mejora del impacto ambiental	- Inventario - Evaluación de impacto - Actuaciones
AA	Empresa o instalación	Adaptación a una norma ambiental	- Análisis situacional - Puntos débiles - Propuestas
EIA	Proyecto	Decisión sobre un proyecto	-Evaluación de impacto social y ambiental - Medidas correctoras - Necesidad del proyecto

2. METODOLOGÍA

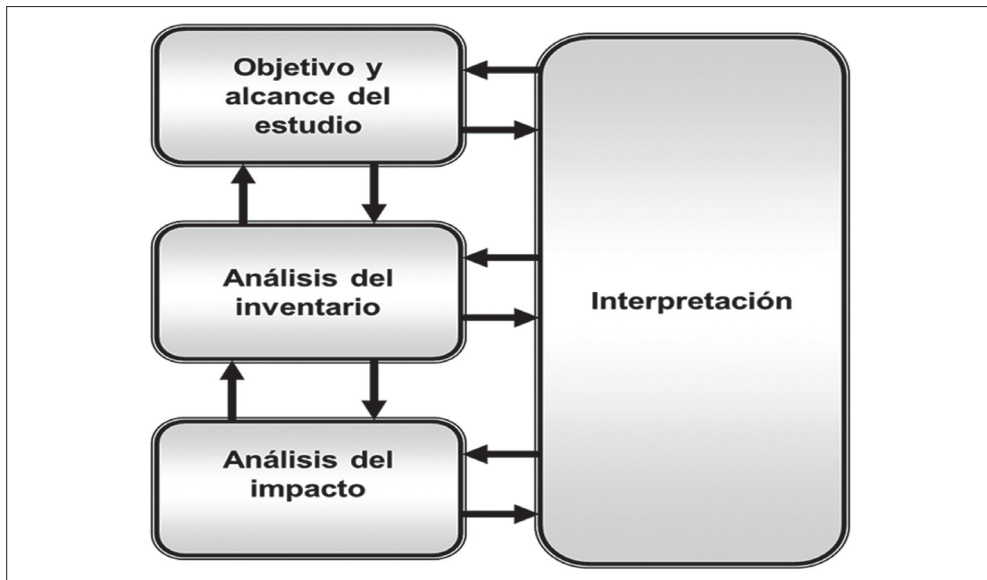
2.1. Etapas y normativa ISO

Las normas UNE EU ISO 14040:2006. *Gestión Ambiental. Análisis del ciclo de vida. Principios y marco de referencia* e ISO14044:2006 *Gestión Ambiental. Análisis del ciclo de vida. Requisitos y Directrices* regulan en la actualidad la estructura que ha de tener los estudios de ACV. En este sentido hay que destacar, como referencia y como guía técnica mucho más detallada, el denominado Manual ILCD, editado por la *Joint Research Center* (Comisión Europea, 2010).

El marco conceptual, y que posteriormente se desarrollará con más detalle, se puede apreciar en la Figura 2. Son cuatro etapas o fases de estudio muy definidas, pero interrelacionadas entre ellas. En primer lugar es necesario establecer y definir un objetivo así como el alcance del estudio. A continuación se analiza el inventario de todas las entradas y salidas de materia y energía en cada uno de los procesos o etapas consideradas. Seguidamente se procede a la evaluación del impacto como consecuencia del consumo de recursos y de las emisiones determinadas en el inventario. Esta etapa es la más crítica y de más difícil estandarización, por cuanto no hay consenso claro en algunos de sus

aspectos. Es el verdadero corazón del ACV, denominándose Evaluación de Impactos del Ciclo de Vida (EICV)³. Es habitual, al ejecutar esta etapa, realizar ajustes en las etapas anteriores para facilitar o mejorar el cálculo. Así, se convierte en un sistema iterativo con continuos ajustes según se avanza en el análisis. Como última etapa está la interpretación de resultados y la revisión crítica del estudio, que puede hacer incluso replantearse la primera etapa de definición de objetivo y volver a ejecutar el análisis completo de nuevo. A continuación se detallan cada una de las fases del ACV

Figura 2. Esquema conceptual en la metodología del Análisis del Ciclo de Vida. Las cuatro fases del ACV (ISO 14040:2006 y 14044:2006)



2.1.1. Definición del objetivo y alcance del estudio

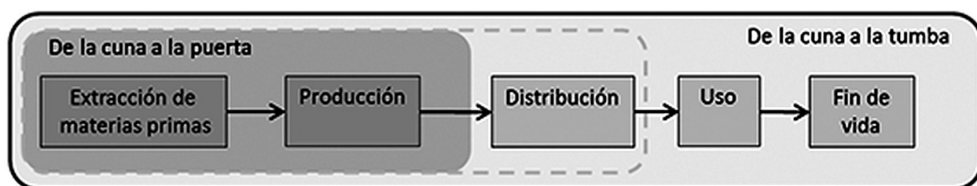
En primer lugar se ha de definir el objetivo del estudio, así como el alcance. En esta etapa es fundamental la elección de la denominada «unidad funcional», es decir, la magnitud concreta con respecto a la que vamos a realizar todos los cálculos y estimaciones. Generalmente es una magnitud «física», un producto concreto (un envase, un transformador eléctrico, etc.) o una magnitud «funcional» (envasar un litro agua, producir un KW·h de energía eléctrica, etc.). Este último caso es el apropiado cuando lo que se pretende es comparar dos o más alternativas, dos o más productos que llevan a cabo una misma función, algo muy típico, por ejemplo, en el sector de los envases o en la generación de energía eléctrica por distintas tecnologías.

3. En inglés, Life Cycle Impact Assessment, LCIA

Por otro lado, hay que establecer cuáles van a ser los flujos principales de materiales, los límites de mi sistema y todos los detalles relacionados con la construcción del ciclo de vida a estudiar.

Respecto al alcance del ciclo de vida, podemos considerar el estudio de «la cuna a la tumba»⁴, es decir, el ciclo de vida completo. Hay casos en los que el objetivo es menos ambicioso y se puede establecer solo hasta la puerta de salida de la fábrica, de «la cuna a la puerta»⁵. En la Figura 3 se pueden apreciar esquemáticamente las distintas opciones.

Figura 3. Límites del sistema a establecer en un ACV en la fase de definición del objetivo y alcance del estudio



2.1.2. Análisis de Inventario

Se trata de la recopilación de datos relativos a las cantidades de materias primas y energía consumida, así como las emisiones de sólidos, gases y líquidos producidos en los límites del sistema definido en la anterior etapa, y cuyos valores han de estar referidos a la unidad funcional establecida.

Esta etapa puede suponer un esfuerzo importante de búsqueda de datos, relativos a cada una de las etapas que componen el ciclo de vida. Hay numerosas bases de datos, tanto de libre acceso (*European Reference Life Cycle Data, openDAP*) como de acceso restringido (*Ecoinvent, Gabi, etc*). La calidad e incertidumbre de los datos utilizados es un aspecto esencial, y que se tiene en cuenta en la etapa de interpretación final. Hay diferentes propuestas para la normalización de los datos.

2.1.3. Evaluación de impactos del ciclo de vida

Esta etapa se considera el corazón del Análisis del Ciclo de Vida. Básicamente consiste en el cálculo de un indicador o indicadores numéricos que evalúen el impacto ambiental. No se ha desarrollado una metodología única consensuada, por lo que existen diversas propuestas de cálculo. Se divide a su vez en varias fases: Clasificación, caracterización y valoración, aunque esta última, según las normas ISO debe integrarse en la última etapa de interpretación de resultados.

4. En inglés, From cradle to grave

5. En inglés, From cradle to gate

A) Clasificación

En este punto, la primera decisión a tomar es establecer las «categorías de impacto» que se van a considerar, es decir, determinar los problemas ambientales derivados de los consumos de recursos y emisiones provocadas por el sistema objeto de estudio. En segundo lugar se ha de establecer que datos del inventario realizado en la etapa anterior tienen influencia en esas categorías de impacto establecidas. Así por ejemplo, para una de las categorías de impacto más consensuadas por su facilidad de evaluar, «calentamiento global», debemos considerar los gases que se conozca que poseen potencial de efecto invernadero. Están ampliamente estudiados y caracterizados, conociéndose como «gases de efecto invernadero» (GEI). Algo semejante se ha de hacer para el resto de categorías de impacto establecidas, lo que se conoce como el reparto de las «cargas ambientales» del inventario entre las distintas «categorías de impacto».

En la tabla 2 se muestra un primer listado de categorías de impacto elaborado por la SETAC, pero las diferentes metodologías desarrolladas han variado sensiblemente estas categorías, así como su concepción.

Tabla 2. Lista de categorías de Impacto para la EICV según SETAC en 1993

Categoría de impacto	Alcance	Unidad equivalencia
A. Relacionadas con entradas		
1. Recursos Abióticos	Global	Según Subcategoría
2. Recursos Bióticos	Global	
3. Suelo	Global	
B. Relacionadas con salidas		
4. Calentamiento Global	Global	Kg CO ₂
5. Agotamiento del ozono Estratosférico	Global	Kg CFC-11
6. Impactos toxicológicos en humanos	Global/Continental/Regional/ Local	No consensuado
7. Impactos ecotoxicológicos	Global/Continental/Regional/ Local	No consensuado
8. Formación de fotooxidantes	Continental/Regional/Local	Kg Eteno
9. Acidificación	Continental/Regional/Local	Kg SO ₂
10. Eutrofización	Continental/Regional/Local	Kg Fosfato
11.Olor	Local	No consensuado
12.Ruido	Local	No consensuado
13.Radiación	Regional / Local	No consensuado
14.Accidentes	Local	No consensuado
Pro memoria (Flujos económicos)		Según
Relacionados con entradas (energía, materiales)		Subcategoría
Relacionados con salidas (Resid. sólidos)		

Lo más destacable es que las categorías de impacto mostradas son realmente efectos directos o intermedios en algún aspecto ambiental, pero no reflejan el daño real sobre los destinatarios finales, denominándose por ello categorías de impacto o indicadores «midpoints». Para tener en cuenta el daño causado, es conveniente especificar los destinatarios finales de ese daño, que se suelen agrupar en «áreas de protección», o categorías de impacto «endpoints». Las áreas de protección que se suelen considerar son tres: salud humana, calidad de los eco-

sistemas y disponibilidad de recursos naturales. Las metodologías que consideran ambos tipos de indicadores deberán establecer la relación entre ellas a través de factores. En la Figura 4 se muestra esquemáticamente lo explicado.

Figura 4. Esquema de la relación entre indicadores de impacto «midpoints» con las áreas de protección «endpoints» (Adaptado de Finnveden, 2009)

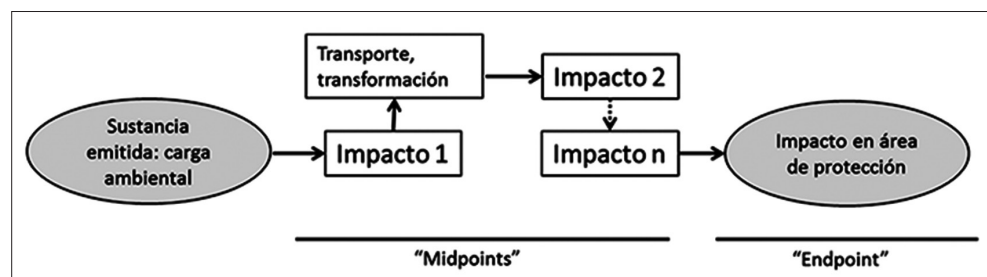
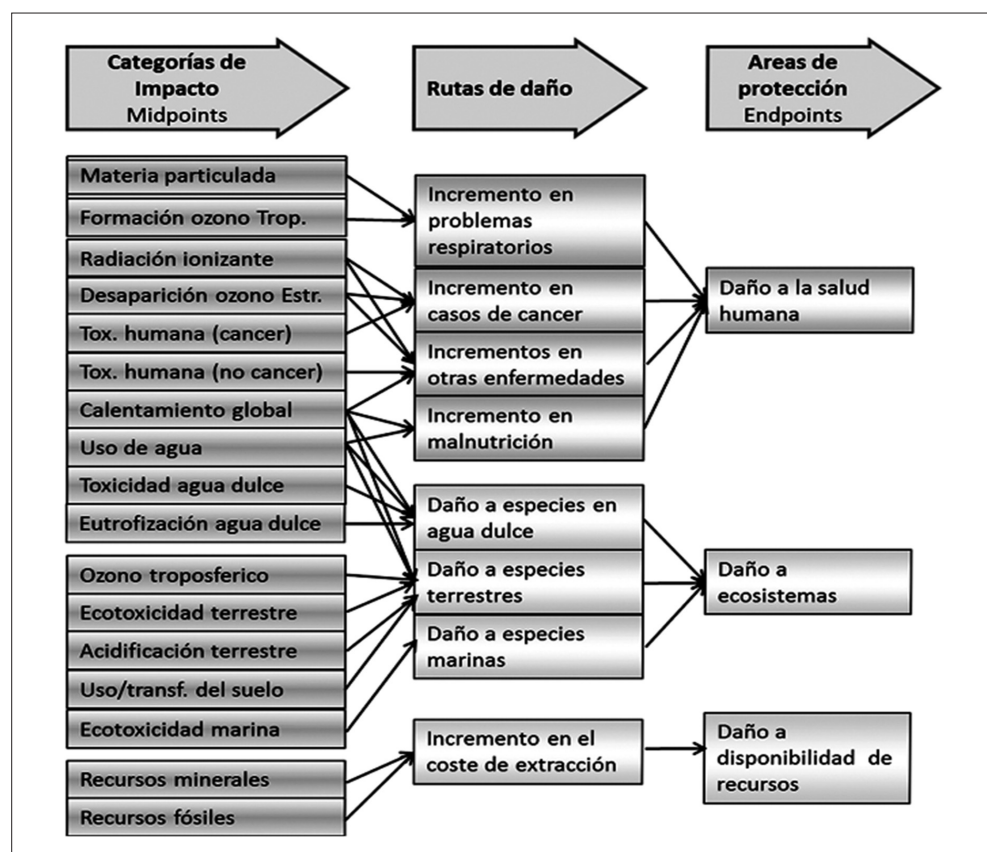


Figura 5. Categorías de impacto consideradas en la metodología ReCiPe2016 y su relación con las áreas de protección ((Huijbregts, 2017).



Dentro de esta tendencia, quizá una de las metodologías más implantadas en la actualidad es la denominada ReCiPe (Huijbregts, 2017), que contempla 17 categorías de impacto «midpoints» y las tres ya comentadas «áreas de protección». En la Figura 5 se pueden ver esquematizadas todas las categorías de impacto consideradas, así como su relación con las áreas de protección.

B) Caracterización y Normalización

Una vez clasificados los datos del inventario entre las distintas categorías de impacto, el objetivo de esta fase de caracterización es la obtención de un indicador numérico para cada categoría de impacto. Para su cálculo pondremos como ejemplo el caso de «calentamiento global»

En primer lugar hay que establecer un «factor de caracterización» para cada carga ambiental, para cada gas de efecto invernadero. Es necesario elegir un gas de referencia, que en este caso es el CO₂, al que se le asigna un factor de caracterización 1. Al resto de gases con efecto invernadero se les ha de asignar un factor de caracterización que indique su potencial efecto invernadero respecto al CO₂. Así, por ejemplo, el metano, CH₄, tiene un factor de caracterización de 24, lo que quiere decir que su potencial efecto invernadero es 25 veces superior al del CO₂, o lo que es lo mismo, la emisión de un kg de CH₄ tendría el mismo efecto que la emisión de 25 kg de CO₂.

Para calcular el indicador correspondiente a esta categoría de impacto, se debería hacer el sumatorio de las masas de los gases de efecto invernadero, obtenidos en el inventario, por su factor de caracterización, obteniendo finalmente un indicador en unidades de masa equivalente de CO₂ (kg CO₂-eq)

Cálculo del indicador ambiental de la categoría de impacto Calentamiento Global **Suma de las cargas ambientales correspondientes**

$$m_{\text{CO}_2} \cdot \text{FC}_{\text{CO}_2} + m_{\text{CH}_4} \cdot \text{FC}_{\text{CH}_4} + \dots = \sum_i \text{FC}_i \cdot m_i$$

Donde: FC: factor de caracterización, kg CO₂eq/kg i

m: masa de i, kg

i: carga ambiental considerada (gases de efecto invernadero)

Los datos de los factores de caracterización de los gases de efecto invernadero para esta categoría de Calentamiento Global son obtenidos a partir de las propiedades de absorción de radiación infrarroja de los gases, de manera que los científicos han determinado experimentalmente esos valores. El Panel Internacional sobre el Cambio Climático (IPCC) elabora listas con los factores, considerando incluso el efecto de cada gas a un escenario temporal de 50, 100 y 500 años. En la Tabla 3 se muestran los valores.

Procediendo de la misma manera, se calcularía un indicador para cada categoría de impacto, en unidades de masa (kg) de cada sustancia elegida como referencia en cada caso. Dado que el valor concreto de los indicadores depende de la sustancia de referencia elegida, no es posible hacer comparaciones entre los indicadores calculados de las distintas categorías de impacto.

Tabla 3. Valores del Potencial Calentamiento Global (Global Warming Potential, GWP) para algunos de los Gases de Efecto Invernadero (GEIs) así como sus fuentes de producción.

GEI	GWP	Fuentes
Dióxido de Carbono, CO ₂	1	Combustión de combustibles, fabricación de cemento
Metano, CH ₄	25	Agricultura y ganadería, extracción de petróleo y gas, vertederos
Óxido de Nitrógeno, N ₂ O	298	Agricultura, combustión, tratamiento de aguas
Hidrofluorocarbonos (HFCs)	77-	Producción y uso de refrigerantes
Hidroclofluorocarbonos (HCFCs)	14.800	
Perfluorocarbonos (PFCs)	7.400-17.700	Producción y uso de refrigerantes, esmaltado de aluminio
Hexafluoruro de Azufre, SF ₆	22.800	Equipamiento eléctrico, esmaltado de aluminio

Muchos Análisis del Ciclo de Vida pueden concluir en este punto, especialmente aquellos cuyo objetivo es analizar un producto concreto, y evaluar el impacto de las distintas etapas de su ciclo de vida.

También es habitual en este punto, y con el objetivo de poder comparar entre sí los indicadores de las distintas categorías de impacto, proceder a la normalización de los indicadores. Al tener distintas unidades, no son comparables, por lo que es necesaria una normalización. Normalmente se lleva cabo dividiendo por una magnitud real o predicha, de la categoría de impacto correspondiente a un área geográfica y un tiempo de referencia. Normalmente se utilizan las emisiones de los compuestos de referencia de las categorías de impacto estimadas en la Unión Europea y en un año concreto. De esta manera, todos los indicadores serían adimensionales, y se asignan como puntos, eco-

puntos o créditos. Una vez obtenidos todos los indicadores normalizados, tenemos el «perfil ambiental».

C) Valoración y Ponderación

Muchos estudios de ACV lo que pretenden es comparar diversos productos que llevan a cabo una misma función, como por ejemplo la típica comparación entre los distintos tipos de envases para envasar un volumen concreto de cualquier líquido. En estos casos, para completar el estudio, es conveniente obtener lo que se denomina «puntuación única», es decir, obtener un único indicador numérico para todo el ciclo de vida. Para ello se debe partir de los indicadores de las categorías de impacto obtenidos en la fase anterior y tener en cuenta el peso relativo que se quiera asignar a cada categoría de impacto. Asignar este peso relativo, o ponderación, entre las distintas categorías de impacto está sujeto a mucha controversia e incertidumbre, por lo que la norma ISO considera esta parte del estudio dentro la última de interpretación de resultados. En muchos estudios, se ponderan las categorías de impacto de distinta manera para analizar la influencia de esta ponderación en el indicador único final.

2.1.4. Interpretación de resultados y revisión crítica

En este apartado se han de analizar los resultados obtenidos para valorar las oportunidades de mejora: procesos o productos más impactantes, impacto que incide más en cada proceso, en qué parte del proceso se produce mayor o menor daño, etc.

En muchos casos, los propios resultados sirven como una revisión crítica de las metodologías. Es habitual en este punto llevar a cabo estudios de sensibilidad, es decir, observar cómo afecta al resultado final la modificación de alguno de los supuestos o parámetros iniciales. Dadas las incertidumbres que conlleva este tipo de estudios, está claro que cuantos más estudios se realicen, se tendrán más argumentos para mejorar las metodologías. Todos estos estudios suelen ser, finalmente, procesos iterativos.

Se puede mencionar como una de las principales dificultades a la hora de aplicar la metodología de cálculo de los indicadores, el desconocimiento de los posibles efectos antagónicos y sinérgicos que se pueden dar como consecuencia de la emisión simultánea de dos o más contaminantes. Los factores de caracterización son individuales y, por lo tanto, en ellos no se tiene en cuenta esta posibilidad. Otro aspecto con dificultad es la ponderación entre las distintas categorías de impacto. Los criterios para determinar la importancia relativa de los mismos pueden ser muy diversos y llevarnos a valores muy distintos en cada caso. Los criterios pueden ser económicos, políticos, sociales, con todo lo que ello tiene de subjetividad. Es habitual para ello la configuración de un panel de expertos para que consensuen una ponderación concreta.

3. APLICACIONES

3.1. Aplicaciones generales

Las aplicaciones del ACV son muy diversas y se pueden utilizar en muchos ámbitos, tanto en empresas como en administraciones públicas y organismos de todo tipo, incluidos los órganos legislativos.

Las empresas han liderado buena parte de estos estudios. Se pueden aplicar ACVs en gestión externa, bien con fines ofensivos para demostrar la buena conducta ambiental, bien con fines defensivos para responder a grupos de presión. Del mismo modo, el uso del ACV puede responder a una gestión interna, encaminada a la mejora ambiental de productos y procesos. Sin duda, el ecodiseño (y ecorrediseño) es el campo de aplicación del ACV que más presente y futuro tiene en el ámbito de las empresas. Es de destacar que el sector de los envases es el que más ha utilizado esta herramienta desde sus inicios, tanto para su diseño como para comparar distintas alternativas y distintos materiales (polímeros, metales, cartón).

Por otro lado, también las administraciones públicas pueden hacer un uso amplio del ACV, en diversos ámbitos, como pueden ser la gestión de los residuos, la evaluación de nuevas tecnologías, que en algunos casos puede suponer su inclusión entre las denominadas «Mejores Tecnologías Disponibles». También es de destacar su aplicación en entornos de Compra Verde Pública, como herramienta que nos ayude a introducir criterios ambientales a la hora de tomar decisiones en la adjudicación de contratos con empresas externas que proporcionen productos o servicios.

De la misma manera, el Análisis del Ciclo de Vida puede jugar un papel central dentro del concepto de «Economía Circular». Una Europa que utilice eficazmente los recursos es una de las siete iniciativas emblemáticas que forman parte de la estrategia Europa 2020, que pretende generar un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

«La economía circular es un concepto económico que se interrelaciona con la sostenibilidad, y cuyo objetivo es que el valor de los productos, los materiales y los recursos (agua, energía, etc.) se mantenga en la economía durante el mayor tiempo posible, y que se reduzca al mínimo la generación de residuos. Se trata de implementar una nueva economía, circular —no lineal—, basada en el principio de cerrar el ciclo de vida de los productos, los servicios, los residuos, los materiales, el agua y la energía⁶»

3.2. Ecoetiquetas

El ACV tiene un indiscutible papel en la evaluación de los tres tipos de ecoetiquetas que establece la normativa ISO:

6. En http://economiecirculaire.org/wp/?page_id=62, visitado el 23 febrero 2018

- Tipo I: Las realmente conocidas como «ecoetiquetas», reguladas por la normativa ISO 14024. Son sistemas de calificación ambiental a los que se accede de forma voluntaria que identifican y certifican de forma oficial que ciertos productos o servicios tienen un menor impacto sobre el medio ambiente. Se otorgan por una tercera parte imparcial, que ejerce como entidad certificadora.
- Tipo II: Son las denominadas autodeclaraciones ambientales y están reguladas por la normativa ISO 14021. Este tipo de declaraciones no necesitan de la certificación de una tercera parte independiente, aunque si es recomendable.
- Tipo III: Declaraciones ambientales de producto (EPD, Environment Product Declaration). Se definen como un inventario de «datos medioambientales cuantificados de un producto con unas categorías de parámetros prefijadas (Product Category Rules, PCR), basados en la serie de normas ISO 14040». Los PCR posibilitan la comparación entre productos con funciones similares. Los requerimientos específicos de este tipo de etiquetas se recogen en la normativa ISO 14025.

3.3. La Huella de Carbono y la Huella Ambiental

Otra de las aplicaciones claras del ACV es en la Huella de Carbono. La cuantificación y comunicación de la Huella de Carbono de los productos y organizaciones es una de las acciones más habituales para demostrar el compromiso de una empresa u organización con la sostenibilidad. Se ha desarrollado a lo largo de años, al amparo del compromiso de la mayor parte de los estados del mundo para reducir las emisiones de Gases de Efecto Invernadero y ha conocido un notable desarrollo desde hace tiempo. La especificación técnica más reciente es la ISO/TS 14067:2013, y en ellas se establecen los principios, requisitos y directrices para la cuantificación y comunicación de la Huella de Carbono de productos (HCP), basada en las emisiones y absorciones de Gases de Efecto Invernadero. En la elaboración de este documento se ha tomado como referencia más importante el documento PAS 2050:2011, elaborado por *The British Standards Institution* (Instituto de Estandarización Británico) y que es reconocida como la más completa guía para la cuantificación de la Huella de Carbono de un producto desde un punto de vista técnico, y que se ha utilizado por parte de numerosas empresas y organizaciones. Es indudable la similitud entre el cálculo de la Huella de Carbono y del indicador ambiental de la categoría de impacto Calentamiento Global dentro del ACV, tal y como se ha explicado en el apartado correspondiente. De hecho, las unidades que se manejan son las mismas, kg CO₂-eq/unidad funcional. En la propia instrucción técnica ISO/TS 14067:2013 se definen expresamente los términos de Análisis del Ciclo de Vida y de la Evaluación de Impacto del Ciclo de Vida.

Debido a que el indicador obtenido en el ACV de la categoría de impacto de «Calentamiento Global» se asemeja a la Huella de Carbono, hay una tendencia a

denominar Huella Ambiental al cálculo de todos los indicadores, no solo el relacionado con el Calentamiento Global, teniendo finalmente las distintas huellas para cada categoría de impacto.

Así, la Comisión Europea, con el ánimo de unificar terminologías y técnicas de cálculo, ha editado en el Diario Oficial de la Unión Europea (56º año 4 de mayo de 2013) la «RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN de 9 de abril de 2013 sobre el uso de métodos comunes para medir y comunicar el comportamiento ambiental de los productos y las organizaciones a lo largo de su ciclo de vida», un acto no legislativo, es decir, de política voluntaria. En el documento se considera que «es esencial disponer de mediciones e informaciones fiables y correctas sobre el comportamiento ambiental de los productos y de las organizaciones para la toma de decisiones ambientales a diversos niveles» y que con ello lo que se pretende es «promover el uso de los métodos de huella ambiental en las políticas pertinentes y en los sistemas relacionados con la medición o comunicación del comportamiento ambiental de los productos u organizaciones en el ciclo de vida»

Por otro lado, son varias las directivas de la Unión Europea que hacen mención expresa al uso del ACV. Así, la Directiva 2008/98/CE, sobre residuos, se especifica la denominada «jerarquía en la gestión de residuos», establecida en el siguiente orden de prioridad: prevención, preparación para la reutilización, reciclado, otro tipo de valorización (generalmente valorización energética) y, finalmente eliminación. En el Artículo 4, sección 2, se manifiesta «Los estados adoptarán medidas para estimular las opciones que proporcionen el mejor resultado medioambiental global. Ello puede requerir que determinados flujos de residuos se aparten de la jerarquía, cuando esté justificado por un enfoque de ciclo de vida sobre los impactos globales de la generación y gestión de dichos residuos».

En la Directiva 2008/28/CE, por la que se instauro el marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos que utilizan energía, se define al ecodiseño o diseño ecológico como «La integración de los aspectos medioambientales en el diseño del producto, con el fin de mejorar su comportamiento medioambiental a lo largo de todo su ciclo de vida».

4. HACIA EL ANÁLISIS SOSTENIBLE DEL CICLO DE VIDA

Por todo lo expuesto hasta aquí, es evidente que el Análisis del Ciclo de Vida está referido exclusivamente al aspecto ambiental, y por ello una denominación más precisa debería ser Análisis Ambiental del Ciclo de Vida.

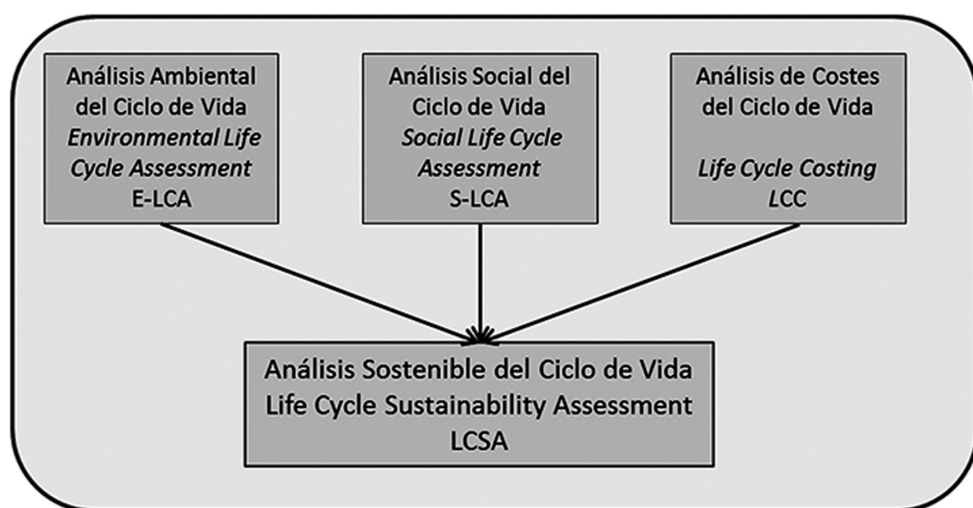
Sin embargo, si se quiere relacionar con la Sostenibilidad, es necesario hacer una serie de consideraciones. Según el Informe Bruntland, desarrollado posteriormente por la Agenda 21 (Plan de Acción Mundial para promover el Desarrollo Sostenible), por la Cumbre Mundial de la Tierra celebrada en Río de Janeiro en 1992 y la posterior de Johannesburgo de 2002, la sostenibilidad incluye el

equilibrio entre el cuidado del medio ambiente, el bienestar social y el crecimiento económico, lo que se conoce como la «Triple Vertiente de la Sostenibilidad».

- Sostenibilidad ambiental, referida a la compatibilidad entre la actividad considerada y la preservación de la biodiversidad y de los ecosistemas, de la salud humana y evitando la degradación de los recursos.
- Sostenibilidad social, basada en el mantenimiento de la cohesión social y de su habilidad para trabajar en conseguir objetivos comunes.
- Sostenibilidad económica, solo alcanzada cuando la actividad que se mueve hacia la sostenibilidad ambiental y social es financieramente posible y rentable.

Por tanto, realizar exclusivamente un ACV puede no proporcionar una idea completa de lo sostenible que es un producto o una actividad. Sería necesario, manteniendo el concepto de Ciclo de Vida, llevar a cabo un Análisis Económico, denominado «Análisis de Costes del Ciclo de Vida» y otro «Análisis Social del Ciclo de Vida». Integrando estos análisis se podría hablar del Análisis Sostenible del Ciclo de Vida (KLOEPFFER, 2003). En la Figura 6 se muestra un esquema relacionándolos.

Figura 6. Relación entre los distintos Análisis del Ciclo de vida



4.1. El Análisis de Costes del Ciclo de Vida

En este entorno, las metodologías de cálculo de costes del ciclo de vida incluirán los costes directos relativos a la adquisición, utilización (consumo de energía y otros recursos), mantenimiento y los de fin de vida (recogida y reci-

clado). Dependiendo del enfoque del estudio, en ocasiones se contemplan también los costes imputados a externalidades medioambientales, ampliamente consensuados en lo relativo a las emisiones de gases de efecto invernadero y la mitigación del cambio climático, pero no así en otros impactos ambientales. Así, las metodologías de cálculo de los costes del ciclo de vida se basan en las del ACV clásico, considerando la misma unidad funcional y el mismo alcance, siendo este aspecto de suma importancia (Hunkeler, 2008)

4.2. Análisis Social del Ciclo de Vida

De la misma manera, y como tercer aspecto de la sostenibilidad, hay que plantearse realizar un tercer análisis, el Análisis Social del Ciclo de Vida. En este caso, las metodologías están en fase de exploración (Macombe, 2018), pero ya se dispone de documentos donde se apuntan las primeras ideas en cuanto a cómo abordar el análisis.

Así, se propone una doble clasificación de los impactos sociales: por categorías de las partes interesadas e involucradas en la cadena de valor, y por categorías de impacto. Además se consideran una serie de subcategorías que se refieren a cuestiones sociales y socio-económicas de preocupación (UNEP/SETAC, 2009).

De esta manera se completan las tres vertientes de la sostenibilidad. En la actualidad es un campo muy activo y en plena fase de establecimiento de metodologías para enlazar los tres análisis, por la complejidad que supone integrar los resultados obtenidos en cada análisis. En este sentido, y auspiciado por la UNE⁷ cabe mencionar la existencia de la «Life Cycle Initiative», asociación público-privada, formada por numerosas e importantes entidades de los grupos de interés (empresas, organismos oficiales, etc), y que pretende fomentar el desarrollo en el uso global del conocimiento del ciclo de vida, de manera que las conclusiones obtenidas de los análisis sean creíbles para los tomadores de decisiones. Es una manera de llevar a la sociedad en general hacia un pensamiento en modo «Ciclo de Vida», el «Life Cycle Thinking».

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Comisión Europea. Joint Research Centre. Institute for Environment and Sustainability. (2010): *International Reference Life Cycle Data System (ILCD) Handbook - General guide for Life Cycle Assessment - Detailed guidance*. First edition March 2010. EUR 24708 EN. Luxembourg. Publications Office of the European Union.

7. United Nations Environment, visitar web «www.lifecycleinitiative.org»

- FINNVEDEN, G.; HAUSCHILD, M.Z.; EKVALL, T.; GUINE, J.; HEIJUNGS, R.; HELLWEG, S., KOEHLER, A.; PENNINGTON, D. y Suh, S. (2009): *Recent developments in Life Cycle Assessment*, Journal of Environmental Management 91:1-21.
- HUIJBREGTS, M. A. J.; STEINMANN, Z. J. N.; ELSHOUT, P. M. F.; STAM G.; VERONES, F.; VIEIRA, M.; ZIJP, M.; HOLLANDER, A. y van Zelm, R. (2017): *ReCiPe2016: a harmonised life cycle impact assessment method at midpoint and endpoint level* International Journal of Life Cycle Assessment 22:138-147.
- HUNKELER, D.; Lichtenvort, K.; Rebitzer, G.; Ciroth, A. (2008): *Environmental life cycle costing*. SETAC, Pensacola.
- HUNT, R. y FRANKLIN, W.E. (1996): *LCA - How it Came About-Personal Reflections on the Origin and the Development of LCA in the US*, International Journal of Life Cycle Assessment 1: 4-7
- Informe «Our Common Future: Brundtland Report» (1987): ONU, Nueva York.
- ISO 14040 (1997): Environmental management - Life cycle assessment. Principles and framework.
- Kloepffer, W. (2003): *Life-Cycle Based Methods for Sustainable Product Development*. Editorial for the Life Cycle Management (LCM) Section. International Journal of Life Cycle Assessment 8:157-159
- MACOMBE, C.; ZAMAGNI, A. y TRAVERSO, M. (2018): *Social LCA in progress: Preface*. International Journal of Life Cycle Assessment 23:387-393
- SETAC (Society of Environmental Toxicology and Chemistry) (1993): *Guidelines for Life Cycle Assessment: A 'Code of Practice'*. Edition 1. From the SETAC Workshop held at Sesimbra, Portugal, 31 March - 3 April 1993. Brussels, Belgium, and Pensacola, Florida, USA, August 1993
- UNEP/SETAC (2009) *Guidelines for Social Life Cycle Assessment of Products*. Paris, ISBN: 978-92-807-3021-0

Capítulo 18

ECODISEÑO Y ANÁLISIS DE CICLO DE VIDA APLICADO EN BSH ELECTRODOMÉSTICOS ESPAÑA S.A.

Laura Garbajosa Escalera

Medio Ambiente Corporativo

BSH Electrodomésticos España S.A.

SUMARIO: 1. BSH, Sólida implantación en el país. 1.1. El compromiso ambiental de BSH. 2. Ecodiseño en todas las fases del Ciclo de Vida. 2.1. Fase de Diseño. 2.2. Fase de Producción. 2.3. Fase de Distribución. 2.4. Fase de Uso. 2.5. Fase de Fin de Vida

1. BSH, SÓLIDA IMPLANTACIÓN EN EL PAÍS

BSH Electrodomésticos España, S.A. se integra en el grupo líder europeo BSH Hausgeräte GmbH. Desde 1967 es una *joint venture* entre Robert Bosch GmbH y Siemens AG hasta comienzos del año 2015, cuando pasa a pertenecer exclusivamente al Grupo Bosch. BSH es líder del mercado en España con sus marcas Bosch, Siemens, Gaggenau, Neff, Ufesa y Balay.

En España, el grupo cuenta con **siete fábricas**, dos ubicaciones de oficinas y un centro logístico donde se almacenan y distribuyen productos de todas las gamas. BSH cuenta con **seis centros de I+D**, donde trabajan unos 300 especialistas.

1.1. El compromiso ambiental de BSH

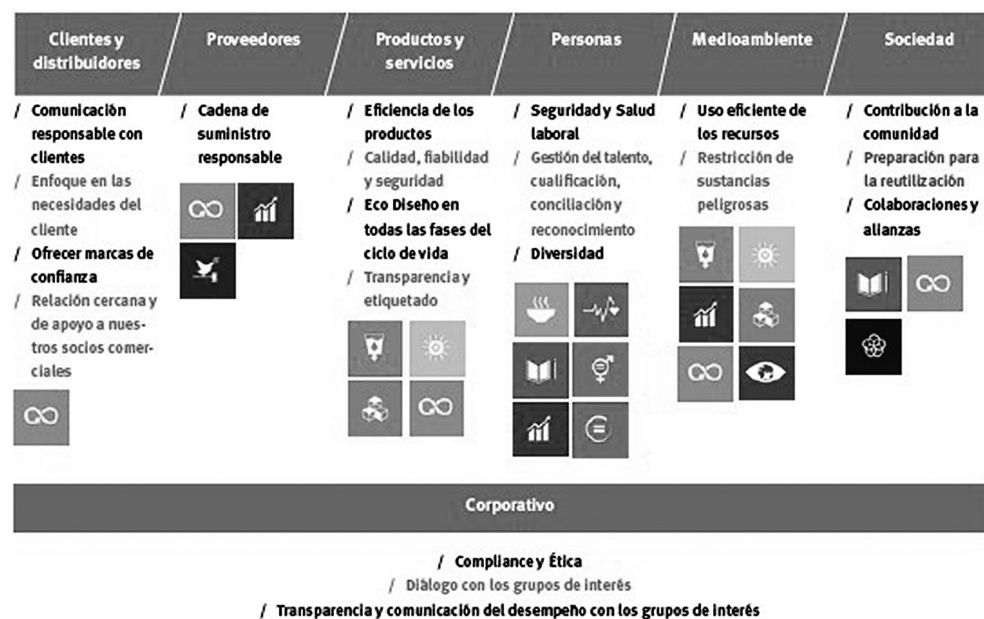
Sus actividades se rigen por los principios de innovación, excelencia empresarial y de respeto al medio ambiente y en 2017 es la primera empresa con **mayor número de solicitudes** presentadas a la Oficina Española de Patentes y Marcas.

En 1998 se aprueba el primer Plan Estratégico de Responsabilidad Corporativa Ambiental y en 2012 se forma el Consejo de Responsabilidad Social Corporativa formado por la gerencia y directores de la organización para establecer la estrategia, desarrollar la política y asegurar la correcta toma de decisiones

En 2013 se aprueba el Plan Estratégico de Responsabilidad Corporativa (PERC), donde se concretan objetivos estratégicos que se despliegan en actuaciones, definidas con responsables, plazos de actuación e indicadores de cumplimiento. Estas acciones son impulsadas por el departamento corporativo. El PERC se revisa cada dos años y los indicadores cada seis meses. Se ha identificado dentro de cada eje clave del Plan Estratégico los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) en los que se está impactando. El ecodiseño se enmarca en el eje de «Productos y servicios» y es clave en el desarrollo de acciones en toda la compañía.

En 2017, se actualiza además la política ambiental y energética, que desarrolla los principales aspectos del compromiso ambiental y **la mejora continua** en el desarrollo de productos y procesos integrando los aspectos de diseño eficiente.

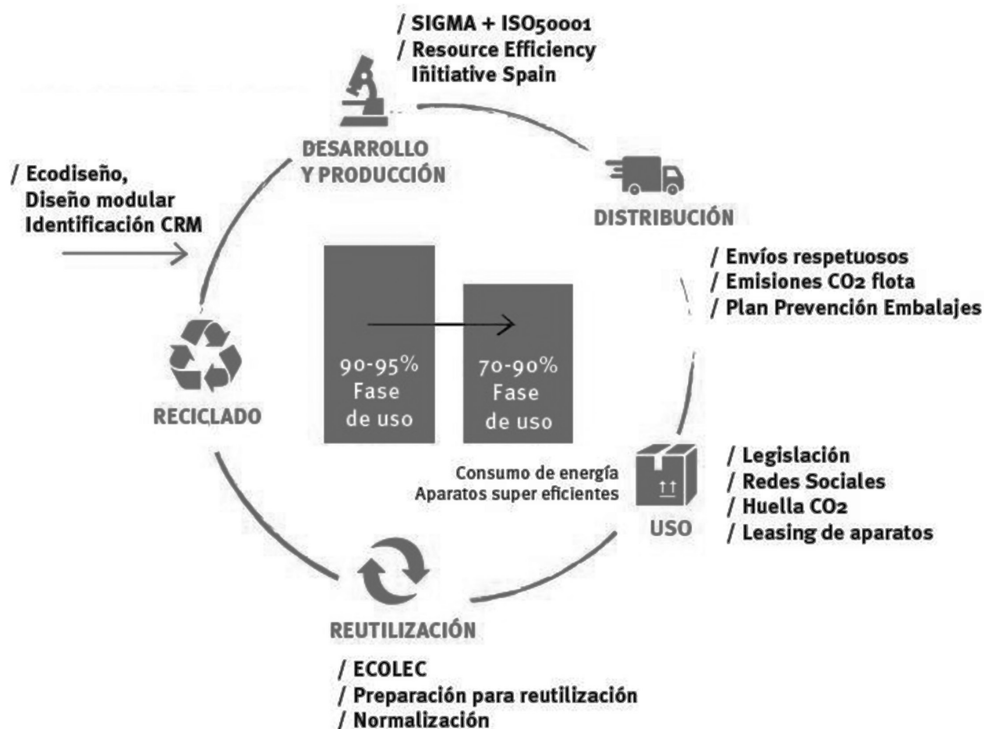
Plan Estratégico 2017-2020.



2. ECODISEÑO EN TODAS LAS FASES DEL CICLO DE VIDA

Desde el diseño del producto se valoran los aspectos ambientales de la fabricación y montaje de componentes, la distribución, el uso en los hogares y el impacto asociado al residuo generado al final de su vida útil.

Fases del ciclo de vida



2.1. Fase de Diseño

La Unión Europea estima que alrededor del 80% del impacto ambiental que un producto genera a lo largo de su vida se determina en la fase de diseño del producto.

BSH es consciente de que el diseño va a marcar la mayor parte del impacto ambiental del producto, por lo que, desde hace años, incorpora el ecodiseño en sus procesos de desarrollo.

2.1.1. Evaluación Ambiental de Producto

Desde 1997, BSH evalúa los factores ambientales en el diseño de cada producto. Los departamentos de desarrollo cumplimentan la Hoja de **Evaluación Ambiental de Producto** (PEA) que fija objetivos de mejora de aspectos ambientales, tales como el consumo de energía, el peso de las fracciones de materiales, el porcentaje de plástico reciclado o el Análisis de Ciclo de Vida, entre otros. Es un **requisito** para que la inversión necesaria sea aprobada y busca asegurar que

los nuevos desarrollos mejoren o mantengan los aspectos ambientales respecto al producto al que sustituye. Este método sencillo fue premiado en Alemania en 1998 en la categoría «Productos Medioambientalmente Compatibles» en una jornada de la Federación de Industria Alemana.

Desde el año 2000, el departamento central de medio ambiente imparte **formación** sobre ecodiseño a los ingenieros de desarrollo, dentro del proceso de mejora continua.

En 2012 se crea un **grupo de trabajo de ecodiseño**, foro de intercambio de buenas prácticas en el que participan miembros de todas las áreas de desarrollo de producto del grupo en España. Las actividades principales son:

- Formación periódica a diseñadores.
- Visitas de diseñadores a plantas de tratamiento de Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos (RAEE) y de residuos de envases y embalajes.
- Participación en foros, congresos, colaboración con entidades externas.
- Participación en comités de normalización AENOR/CTN200/SC 111 y CE-NELEC/TC111X «*Environment*».

2.1.2. Diseño Modular | PACT

En 2012 BSH inicia el proyecto PACT (*Program, Product and Production ArchiteCTure*) de integración y modularidad en la arquitectura de producto, estableciendo estándares para hacer modular el diseño de las distintas gamas de electrodomésticos que conforman su portfolio, para priorizar las necesidades del cliente y mejorar las sinergias a lo largo de toda la cadena de valor.

El diseño modular facilita el desarrollo del producto, agrega flexibilidad a los diseños, permite la mejora, reparación, venta de los componentes por separado, customización de acuerdo a las necesidades de los consumidores ya que no todos tienen las mismas exigencias en cuanto al producto siendo la demanda heterogénea. De esta forma BSH puede ofrecer productos de manera más rápida, flexible y receptiva y puede actualizar los componentes o subsistemas (módulos) sin necesidad de rediseñar todo el proceso de diseño o productivo.

2.1.3. Herramientas de diseño

En 2006 comienzan a realizarse Análisis de Ciclo de Vida (ACV) con la herramienta simplificada «*Life Cycle Symulation o LCA Tool*», basada en la directiva europea de ecodiseño EuP. Se trata de una herramienta que agrupa los impactos por los materiales que componen el electrodoméstico, no por los módulos del mismo.

En 2013, el Centro de Tecnología de Inducción en colaboración con la Universidad de Zaragoza desarrolla la «*Environmental Design Tool*» herramienta de ACV estructurada según los módulos de las encimeras de inducción, que permite un análisis completo muy detallado y un potente tratamiento de resultados de acuerdo a las normas ISO 14040 y 14044. El impacto ambiental se calcula según la metodología ReCiPe y la huella de carbono, calculada según el método CML.

La base de datos de la Eco-Tool se elabora con los datos de Ecoinvent 3.2, la base de datos ambientales de mayor prestigio. Esta herramienta permite a los diseñadores valorar de forma muy sencilla el impacto ambiental de las distintas variantes que plantean a lo largo del proceso de diseño.

En 2013 se desarrolla una herramienta interna, «RR Tool» que calcula la tasa de reciclado (*Recycling rate* RCR) y de recuperación (*Recovery rate* RVR) de cada electrodoméstico.

En 2014 se actualiza la herramienta interna «RR Calculator», que calcula los **costes ambientales y económicos** de los embalajes y de su proceso de reciclado en los distintos países de la Unión Europea.

Las herramientas se actualizan de acuerdo a los principios y metodologías desarrolladas por el *Joint Research Centre* (JRC) de la Comisión Europea.

2.1.4. Identificación de materias críticas

La Comisión Europea ha presentado en 2017 la lista revisada de materias críticas para incentivar actividades de reciclaje y servir como fuente de información para las empresas que deseen evaluar la importancia de suministro de sus materias primas.

BSH trabaja desde 2014 en determinar la presencia de materiales críticos, tanto en componentes electrónicos como mecánicos, para proponer medidas de ecodiseño que reduzcan el impacto ambiental y el riesgo de suministro.

Otras regulaciones, como el impuesto sueco de presencia de sustancias químicas en aparatos eléctricos y electrónicos o el impuesto 3TG (*Tungsten, Tantalum, Tin and Gold*), para importadores de minerales provenientes de zonas de conflicto; refuerzan la importancia que tiene para las empresas conocer en profundidad la presencia de determinadas materias en sus productos.

2.1.5. Otras líneas trabajo

En la actualidad, se trabaja en el Diseño orientado a la Reparabilidad y Reciclabilidad en línea con los principios de la economía circular. Los productos han de ser diseñados y optimizados para tener ciclos de desensamblaje y reutilización que permitan su correcta gestión durante la fase de uso del electrodoméstico y en fin de vida.

Adelantándose a la normativa y utilizando metodologías predefinidas por el Informe técnico de la IEC TR63625 y el Instituto para el Medioambiente y Sostenibilidad del JRC, BSH trabaja en aspectos como:

- **Reparabilidad:** se analizan las averías más comunes y dificultades de reparación de las encimeras de inducción para proponer mejoras en el diseño mecánico.
- **Tiempo de desmontaje** reversible e irreversible en fin de vida, determinan las tasas de reutilización y recuperación de los distintos componentes.

- **Durabilidad:** se prevé que la revisión de las Directivas de Ecodiseño y Etiquetado energético establezcan requisitos de durabilidad para las distintas gamas de electrodomésticos. Ya el Reglamento de diseño ecológico para aspiradores (2013) establece requisitos al tubo de aspiración y del motor. El JRC ha llevado a cabo recientes estudios para determinar exigencias de durabilidad para lavadoras y lavavajillas.
- **Reciclabilidad:** se analizan los escenarios de recuperación de los distintos componentes de mayor valor económico o mayor impacto ambiental. En encimeras de inducción se estudia la recuperación de los inductores de cobre, la bandeja de aluminio, las placas electrónicas o la bandeja de polipropileno cargada. En lo referente a los plásticos, se establecen además criterios de compatibilidad y facilidad de separación de los mismos.

2.2. Fase de Producción

BSH trabaja de forma continuada en reducir el impacto ambiental y el consumo de recursos en sus procesos. La implantación de Sistemas de Gestión Ambiental, Energética y de Calidad es la mejor herramienta para la mejora continua y sistemática de la eficiencia de nuestros procesos productivos.

Las plantas del grupo cuentan con la **certificación** medioambiental ISO 14001, de gestión de la energía ISO 50001 y de aseguramiento de la calidad ISO 9001. Cada año, se realizan auditorías internas que verifican el cumplimiento con las normas de gestión y son certificadas por una tercera parte.

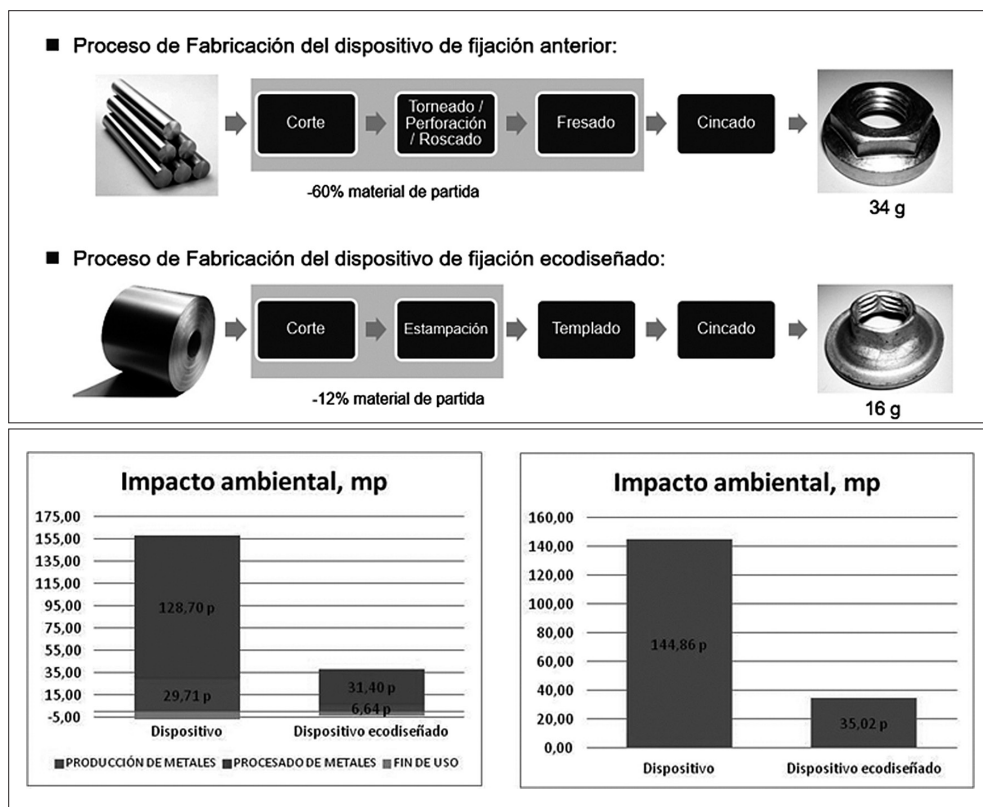
La nueva versión de la norma ISO 14001:2015 exige un enfoque de **Análisis de Ciclo de Vida** en los capítulos 6 y 8, por lo que ésta se vuelve una herramienta imprescindible y de obligado cumplimiento.

2.2.1. Ecodiseño y ACV de componentes

En la fábrica de La Cartuja (Zaragoza) se localiza el centro local de competencia de lavado. Un ejemplo de aplicación de Análisis de Ciclo de Vida considerando el proceso productivo es el rediseño del dispositivo de fijación de la polea de rotación al eje del soporte del tambor de la lavadora, la denominada tuerca elástica.

El cambio de la tuerca elástica permite el ahorro de residuos metálicos y materiales, al reducir el 53% del peso de la pieza, lo que supone una disminución del 76% del impacto ambiental asociado a su fabricación y un ahorro del 48% en costes, por lo que la inversión resulta amortizable en menos de 1 año.

Se trata de un proceso de desmaterialización que conlleva un menor impacto ambiental por el cambio en el diseño y la fabricación de la tuerca.



Análisis de impacto ambiental de fabricación de los dispositivos ReCiPe (H/A) v2.09

El diseño conllevó la concesión de una **patente** europea y su uso puede extenderse a otros aparatos con dispositivos de fijación similares. Sólo en la fábrica de La Cartuja supone un ahorro de 40 Tm/año de materiales y en 2017, al implementarse en todas las fábricas de lavadoras de BSH, ha supuesto un ahorro de 100 Tm/año de materiales.

El dispositivo se ha incorporado además en **secadoras** para la fijación del compresor en la bomba de calor, se utilizan 3 unidades por secadora y se dejan de utilizar además una tuerca Nyloc de seguridad y una arandela plana; por lo que el ahorro en material es aún mayor.

2.3. Fase de Distribución

Desde el departamento de *Supply Chain* se rediseñan las rutas de abastecimiento de componentes para que más del 85% de los materiales de proveedores locales, los localizados en radios inferiores a 500 km, utilicen **embalajes retornables**.

2.3.1. Logística respetuosa con el medio ambiente

En lo referente a la logística de aparatos, BSH potencia el transporte marítimo y trata de abrir nuevas vías de transporte por ferrocarril que permitan reducir el tráfico por carretera. En 2017 el 35% de los envíos internacionales fueron por **medios respetuosos** con el medio ambiente (ferrocarril y marítimo).

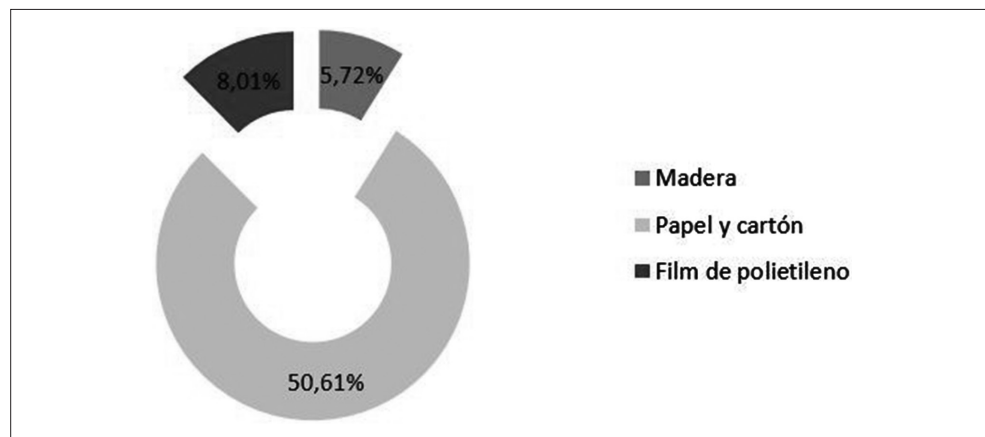
En cuanto al transporte por carretera, el **grado de ocupación** teórico de los camiones se ha mantenido en un 80%, porcentaje difícilmente superable en la mayor parte de las gamas de electrodomésticos. La **encuesta ambiental** que BSH España realiza cada dos años a sus principales proveedores de transporte, ha mostrado en 2017 un claro ascenso del porcentaje de vehículos que cumplen con las normas de emisiones contaminantes más estrictas, el 97,4% de los vehículos cumplen las Euronormas V y VI.

2.3.2. Optimización de embalajes

El alto grado de ocupación en los medios de transporte se obtiene gracias al trabajo coordinado de las áreas de desarrollo de producto y logística de aparatos.

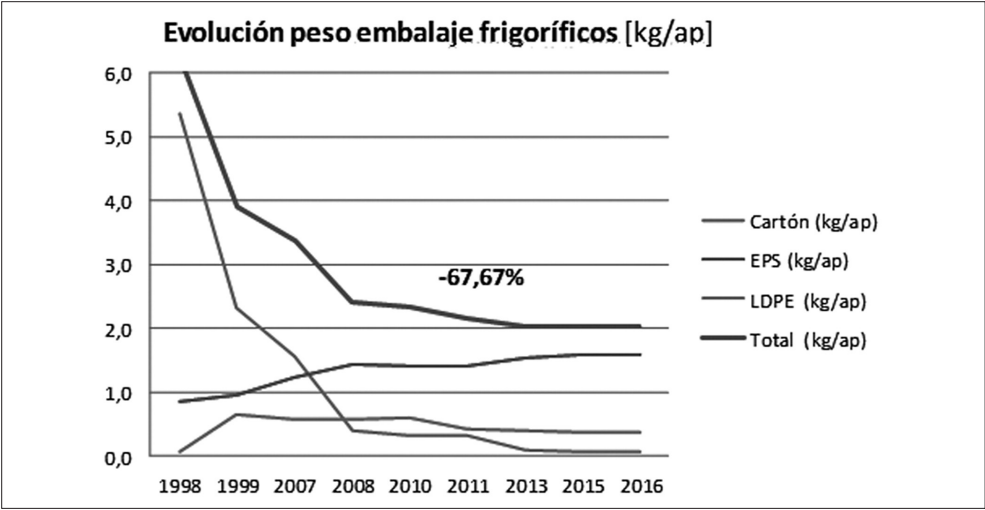
La norma interna de BSH establece criterios como la compatibilidad de materiales utilizados, su origen, los criterios de diseño o la ausencia de sustancias peligrosas.

Cada año se evalúa el origen de los materiales que conforman los embalajes, y en 2017 el 57% en peso de los embalajes puestos en el mercado español procedían de fuentes renovables.



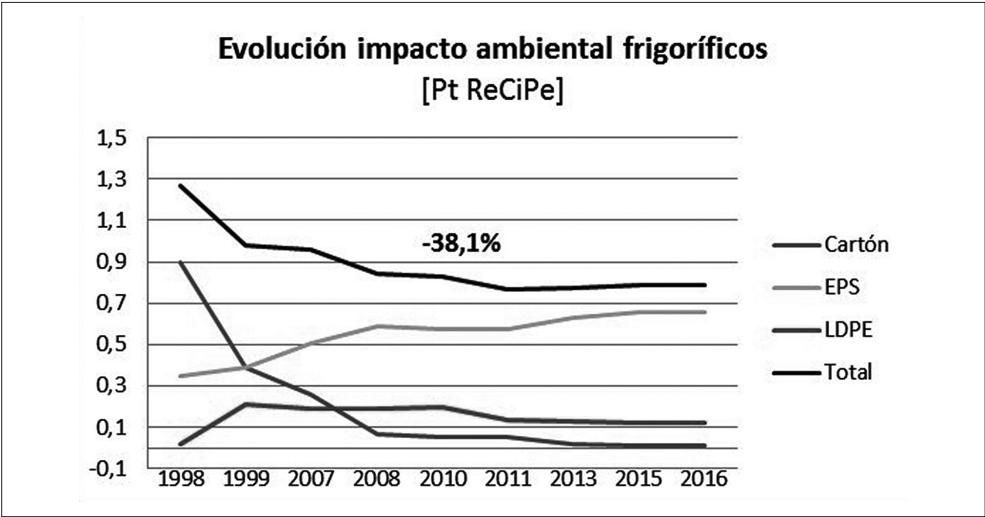
Origen de los materiales que conforman los embalajes BSH en 2017.

Se analizan además las mejoras propuestas anualmente en los embalajes de las distintas gamas. En el embalaje de frigoríficos fabricados en Esquíroz (Navarra), las medidas llevadas a cabo desde 1999 han generado un ahorro de **materiales del 67,7%**.

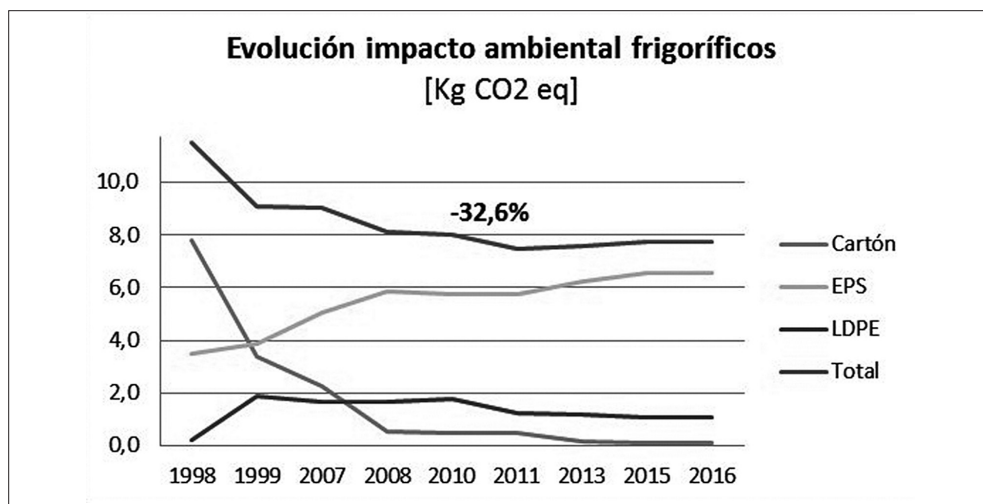


Evolución del peso de embalaje de frigoríficos.

Se estima que las mejoras del embalaje han reducido el **impacto ambiental** (1) en un 38,1% y la **huella de carbono** (2) en un 32,6%.



Impacto ambiental del embalaje expresado en Puntos de ReCiPe.



Impacto ambiental del embalaje expresado en Kg CO₂ eq.

2.3.3. Planes de prevención de Ecoembes

De acuerdo al Real Decreto 782/1998, que desarrolla la Ley 11/1997 de Envases, con el objetivo de reducir el impacto ambiental de los envases para hacerlos más sostenibles, las empresas están obligadas a realizar un Plan Empresarial de Prevención (PEP).

BSH se adhiere al PEP sectorial de Ecoembes y presenta cada año, además de la Declaración anual de envases, las medidas de optimización de embalajes implementadas. En 2017 se ha renovado la adhesión al VII Plan Empresarial de prevención 2018-2020.

Entre otras medidas, BSH ha presentado la mejora ambiental calculada mediante ACV de las modificaciones aplicadas en embalajes. En 2017 presentó el de las encimeras de inducción, en el que un rediseño y cambio de material conllevó la disminución del 47,2% de Huella de CO₂ (Kg/CO₂ método CML) y del 21% del impacto ambiental expresado en ReCiPe Endpoint (mPt/gr Europe H/A v 1.10). Este rediseño supuso además una reducción del 35% del coste, considerando la materia prima y la tarifa Punto Verde que se abona a Ecoembes; y una mejora en la logística, ya que el nuevo embalaje redujo entre un 54-70% la altura de la caja, permitiendo aumentar entre un 29% y un 55% el grado de ocupación de los camiones, según las variantes transportadas. Este rediseño fue premiado como mejor proyecto de Ecodiseño en el Congreso Nacional de Medio Ambiente (CONAMA) 2016.

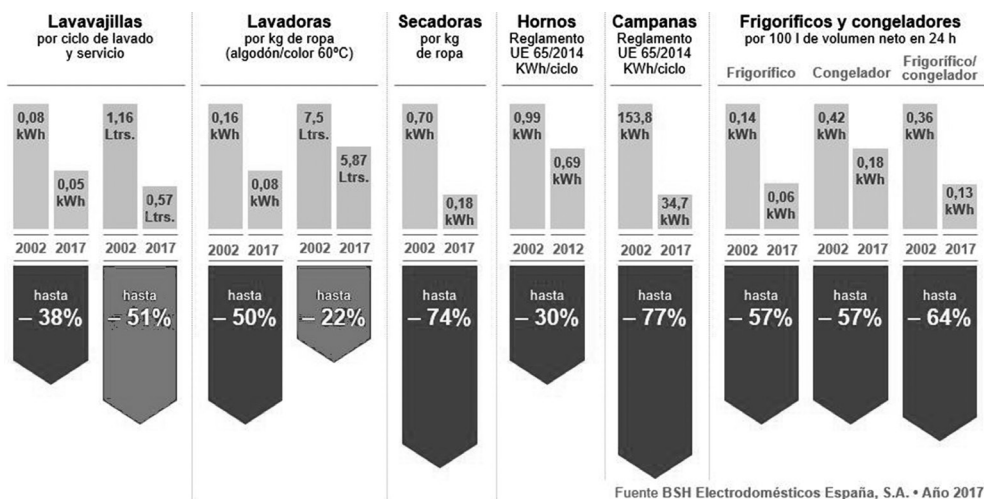
2.4. Fase de Uso

Los Análisis de Ciclo de Vida revelan que un alto porcentaje de impacto de los electrodomésticos, cerca del 90% según la gama considerada, tiene lugar en la fase de uso debido al consumo de recursos.

2.4.1. Mejora de eficiencia: energía y agua

En los últimos años se ha trabajado en reducir el consumo de energía y agua durante el funcionamiento de los aparatos para conseguir las más altas clasificaciones energéticas.

Los electrodomésticos más eficientes reducen los valores de consumo frente a aparatos equivalentes de hace 15 años. La reducción se expresa de acuerdo a los establecido en requisitos legales: normativa de etiqueta energética y diseño ecológico.



Reducción del consumo de energía y agua de los aparatos de BSH España, % (Comparativa 2002 y 2017)

2.4.2. Sensibilización al usuario

BSH pone en el mercado electrodomésticos de alta eficiencia y realiza acciones de sensibilización para que los usuarios los utilicen de forma adecuada. Tradicionalmente, ya sea en los embalajes o en los libros de instrucciones, se han venido dando consejos de uso y mantenimiento adecuados a cada aparato. Además, en los últimos años, la digitalización ha permitido crear nuevos medios de comunicación con los usuarios, a través de las páginas webs de las marcas, los blogs o las redes sociales. Se trata de medios de comunicación directos y con creciente tendencia de uso, lo que abre nuevos canales de comunicación y nuevas formas de comunicar el mensaje. Esta comunicación al consumidor final se refuerza a través de los técnicos reparadores y del Centro de Atención al Usuario.

En otro ámbito, se desarrollan campañas de formación para vendedores de electrodomésticos en etiquetado energético o funciones «eco», para dotarles de argumentos de venta medioambientales que complementen otros más tradicionales como la calidad y el precio.

2.4.3. Home connect

Home connect ofrece a los consumidores cada vez más productos compatibles con Internet de las cosas, lo que permite controlar y monitorizar todos los electrodomésticos de la casa de forma fácil, a través de una conexión wifi y una aplicación de móvil.

El hogar inteligente ofrece al consumidor un mundo de nuevas posibilidades y está disponible para electrodomésticos de gama blanca y cafeteras.

Asimismo, la conectividad de los electrodomésticos permitirá que el Servicio BSH al Cliente pueda acceder a distancia y realizar un primer diagnóstico en caso de que se produzca una incidencia en el aparato. Puede servir para realizar mantenimientos predictivos o mejoras en los diseños de los electrodomésticos.

2.4.4. Nuevos modelos de negocio

BSH lleva años ofreciendo a sus clientes diversas opciones de contratos de mantenimiento de sus electrodomésticos a través de su Servicio BSH al Cliente. El mantenimiento predictivo es un elemento clave para asegurar el funcionamiento óptimo de los electrodomésticos, lo que afecta directamente a la durabilidad de los mismos.

En 2017, BSH ha puesto en marcha el proyecto «*Blue movement*» en Holanda, una experiencia de servitización de lavadoras y secadoras que ofrece al cliente el servicio en lugar del producto, aportando soluciones flexibles adaptadas a sus necesidades. De esta forma, se amplía la gama de servicios ofertados y el público al que van destinados, además de crear una relación más cercana con el cliente y lograr una mayor fidelización.

Se reduce así el impacto ambiental al conservar la propiedad de los electrodomésticos y poder gestionarlos mejor en fase de uso y al final de su vida útil.

2.4.5. Servicio al Cliente más sostenible

Desde 2010 la flota del servicio técnico cuenta con dos vehículos híbridos y se han ido incorporando vehículos eléctricos y nuevas furgonetas que reducen las emisiones de CO₂. El objetivo de alcanzar un límite de emisiones de 140 gCO₂e/km en 2016, se logró consiguiendo mejorarlo en 2016 a 135 gCO₂e/km, siendo en 2017 las emisiones teóricas medias de la flota de 124 gCO₂/km. Los técnicos realizan además cursos de conducción eficiente con objeto de minimizar las emisiones asociadas a sus desplazamientos diarios.

2.5. Fase de Fin de Vida

Desde 2005, la Directiva 2002/96/CE de Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos (RAEE) obliga a los productores a gestionar los residuos al final de su vida útil. BSH impulsa la creación y se adhiere a ECOLEC, Sistema Integrado

de Gestión para el reciclado de RAEE. También colabora en desarrollar normas europeas voluntarias para garantizar una alta calidad de reciclado.

2.5.1. Materiales reciclados

En línea con los principios de la economía circular, BSH trata de incorporar materiales en su fin de vida, es decir, trata de incorporar materiales reciclados. Se utilizan **plásticos reciclados** en algunos componentes favoreciendo el reciclado de residuos post-industriales, asegurando la **calidad** y la **ausencia** de sustancias peligrosas.

Se utilizan materiales reciclados en las distintas gamas:

- En los frigoríficos se utiliza Poliestireno reciclado en el travesaño superior e inferior, en la caja de cables, el distanciador trasero o las asas de transporte
- En las lavadoras, la carcasa de la electrónica es de Policarbonato y ABS reciclado y los soportes de la tapa son de ABS reciclado. Además, las cubas de talco con defectos de calidad se reciclan en el proceso de producción.
- El contrapeso de los lavavajillas se fabrica de poliestireno reciclado y se han elaborado checklist de control de calidad específicas para estos materiales.
- En el centro de competencia de planchas y centros de planchado de Vitoria se ha estudiado la implementación de numerosas piezas de plástico reciclado, como el cuerpo inferior de los centros de planchado de polipropileno reciclado o la varilla de fijación de PBT reciclado; o el blíster de protección de las suelas de PET termoconformado.

Los manuales (al 100%) y el embalaje de cartón están hechos con papel reciclado.

2.5.2. Gestión de Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos (RAEE)

BSH garantiza el tratamiento de los residuos conforme a los requisitos de la legislación, que exige la correcta eliminación de componentes peligrosos, y para ello, se adhirió a ECOLEC, Sistema Integrado de Gestión.

A) Planes de Prevención de RAEE

El Real Decreto 110/2015 sobre RAEE establece que los productores han de elaborar planes de prevención trienales, habiendo de presentar el primer plan antes de diciembre de 2017. Para su elaboración se ha de considerar la jerarquía de prevención de residuos por lo que las medidas de Ecodiseño implementadas cobran gran importancia.

Un buen ejemplo fue el ecodiseño del centro de planchado TDS6080 realizado en el centro de competencia de Vitoria. En 2016, se realiza el ACV compa-

rativo del diseño mecánico de esta nueva plataforma y la gama anterior, habiéndose reducido el impacto ambiental un 36% expresado en ReCiPe.

Además, el 87% de proveedores son locales en 2018, por lo que el ACV completo presentará mayores mejoras. Este análisis comparativo se presentó en el «*Basque Ecodesign Meeting 2017*» como buena práctica en la gestión y diseño de Aparatos Eléctricos y Electrónicos.

B) Preparación Para la Reutilización (PPR)

Desde el año 2017, todos los fabricantes e importadores de aparatos eléctricos y electrónicos (AEE) están obligados, de acuerdo al Real Decreto 110/2015 además de establecer los mecanismos para que el residuo sea tratado adecuadamente en las plantas de reciclado, en los casos en que este residuo todavía pueda ser válido para una reutilización posterior, desarrollar los procesos necesarios para que esto sea posible. Este proceso pretende estimular la creación de centros de reutilización y la generación de empleo en el sector.

El Real Decreto establece un objetivo de PPR de un 2% del RAEE recogido de GAE excluyendo frío y las gamas de pequeño aparato electrodoméstico (PAE). BSH España se hace cargo de su responsabilidad como fabricante y está trabajando desde 2015 a ritmo firme con las entidades de la asociación AERESS, que se dedican a la reducción, reutilización y reciclaje de residuos con un objetivo de transformación social. En esta línea ya se está trabajando con Koopera (Vizcaya), Solidança (Barcelona), Traperos de Emaús (Murcia), Tot Units (Castellón) y Deixalles (Mallorca), ayudándoles ampliar los canales de captación de productos recuperables y ofreciéndoles el apoyo necesario para el adecuado desempeño de la reparación en material de seguridad y fiabilidad.

2.5.3. Taller de recuperación de electrodomésticos

En las instalaciones del Centro Logístico Pla-Za se localiza un taller de recuperación de electrodomésticos, donde se reoperan aparatos para integrarlos en el canal B de venta a empleados, o si no hay inconveniente, se recuperan para la vuelta al canal comercial.

Desde el año 2007 se ha reducido un 75% el porcentaje de devoluciones sobre cifra de ventas de gran aparato electrodoméstico. De estos aparatos procedentes de devoluciones, en 2017 se recupera ya un 79%, evitando así que se «achatarren».

2.5.5. Standardisation Request de la Comisión a CEN-CENELEC

BSH participa en comités de normalización, como AENOR, CENELEC e IEC, aportando su experiencia en materia de seguridad de producto, compatibilidad electromagnética, etiquetado y ecodiseño, entre otros.

La Comisión Europea, con objeto de dinamizar a los organismos de normalización, ha desarrollado el Mandato M/543, donde requiera el desarrollo de normas centradas en el Ecodiseño: vida útil de los productos, capacidad de re-

utilización de componentes, reciclado de materiales y evaluación del uso de componentes reutilizados y materiales reciclados. Estas normas desarrolladas por el nuevo comité de normalización CEN/CLC TC 10 Ecodiseño en la eficiencia de los materiales para los ErP, han de estar disponibles en marzo de 2019 y pueden convertirse en futuros requisitos de la Directiva de Ecodiseño.

Capítulo 19

APLICACIÓN DEL ANÁLISIS DE CICLO DE VIDA A LAS POLÍTICAS EUROPEAS DE PRODUCTO

Ana Patricia López Blanco

Licenciada en Ciencias Ambientales. Universidad de Alcalá

Manager en Asuntos Medioambientales. FoodDrinkEurope

SUMARIO: 1. Introducción a las políticas ambientales de producto en la Unión Europea. 2. Aplicación práctica del análisis de ciclo de vida a la política ambiental de producto. 2.2. Cómo se aplica el análisis de ciclo de vida a la Directiva de Ecodiseño en la práctica. 2.2 Limitaciones a la metodología. 3. Desarrollo de la metodología de la huella ambiental de los productos - PEF. 3.1 Orígenes de la metodología de la huella ambiental de los productos. 3.2 Fase piloto del PEF. 3.3 Futuro del PEF. 4. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN A LAS POLÍTICAS AMBIENTALES DE PRODUCTO EN LA UNIÓN EUROPEA

La política ambiental de producto en la Unión Europea surgió en los años 90 ante una creciente voluntad de los estados miembros de la Unión Europea de mejorar las características ambientales de los productos que se introducían en sus países. Esta voluntad venía a colisionar con las reglas del mercado común en la Unión Europea establecido en 1992. Con el fin de salvaguardar dichas reglas y obedecer a este creciente interés de los Estados miembros, los organismos de la Unión Europea comenzaron a trabajar en políticas europeas de producto que armonizaran los posibles requisitos introducir a los productos.

Desde entonces se han desarrollado una lista de políticas europeas de producto. Estas políticas pueden ser obligatorias para el productor como la directi-

va de Ecodiseño¹ o la directiva de Etiqueta Energética² o voluntarias para proporcionar información al consumidor como la Ecoetiqueta³. También pueden proporcionar de información a los servicios públicos para con el fin de guiar las compras públicas de las administraciones, siendo el caso de las guías de compra pública verde producidas por la Comisión Europea en implementación de la Directiva Europea de Compra Publica.

Las políticas que se aplican obligatoriamente a ciertos tipos de productos, Ecodiseño y Etiqueta Energética, se aplican a todos los productos de una determinada categoría que se ponen en el mercado europeo. Es por esto que es necesario que los requisitos desarrollados bajo estas políticas lo hagan siguiendo una metodología basada en principios científicos reconocidos. Es por ello, entre otras razones, que la Unión Europea ha puesto en marcha el Centro Común de Investigación de la Comisión Europea⁴ con el fin de proveer de las herramientas información y experiencia necesarias para desarrollar una legislación consistente con estos principios.

2. APLICACIÓN PRÁCTICA DEL ANÁLISIS DE CICLO DE VIDA A LA POLÍTICA AMBIENTAL DE PRODUCTO

Actualmente la única política que integra el análisis de ciclo de vida en su formulación es la directiva de Ecodiseño. Se aplica por el momento únicamente a productos relacionados con la energía es decir que consuman energía o que estén relacionados con el consumo de energía. Es por esto que la mayoría de productos cubiertos en este momento por la directiva sean equipamiento digital o electrodomésticos. La directiva se aplica a estos productos a través del desarrollo de Regulaciones específicas de producto o Regulaciones de Ecodiseño (ej. Lavadoras⁵) que determinan que productos que no cumplen con cuyas características se eliminan del mercado de la Unión Europea. Estos productos se seleccionan a través de un Plan de Trabajo⁶ que indica que productos serán objeto de estudio para determinar la necesidad de establecer una Regulación de Ecodiseño sobre ese producto.

1. DIRECTIVA 2009/125/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 21 de octubre de 2009 por la que se instaure un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía

2. REGLAMENTOS REGLAMENTO (UE) 2017/1369 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 4 de julio de 2017 por el que se establece un marco para el etiquetado energético y se deroga la Directiva 2010/30/UE

3. REGLAMENTO (CE) No 66/2010 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2009 relativo a la etiqueta ecológica de la UE

4. https://ec.europa.eu/info/departments/joint-research-centre_es

5. REGLAMENTO (UE) No 1015/2010 de La Comisión De 10 de noviembre de 2010 por el que se desarrolla la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo respecto de los requisitos de diseño ecológico aplicables a las lavadoras domésticas

6. COM(2016) 773 final COMMUNICATION FROM THE COMMISSION: Ecodesign Working Plan 2016-2019

2.2. Cómo se aplica el análisis de ciclo de vida a la Directiva de Ecodiseño en la práctica

La metodología científica aplicada en este para desarrollar las Regulaciones es la Metodología para el Ecodiseño de los Productos relacionados con la energía (MEErP⁷ por sus siglas en ingles). Esta metodología permite realizar un modelo del consumo de un producto a lo largo de su vida para un número medio de usos al año. En esta modelización se aplica el principio de análisis de ciclo de vida desde un punto de vista monetario a través del concepto del Punto de Coste Mínimo del Ciclo de Vida (PCMCV). La Directiva de Ecodiseño requiere que «no se producirá un impacto negativo significativo en los consumidores, en particular respecto a la asequibilidad y al coste del ciclo de vida del producto»⁸. Este principio se lleva efectivamente a cabo comparando los ahorros de reducir en consumo energético a través de una mejora tecnológica aplicada a un producto frente a los costes que genera estas mejoras.

La metodología MEErP prescribe que las mejoras tecnológicas que se pueden aplicar a la máquina con el fin de reducir su consumo energético han de aplicarse en un orden determinado en función del coste relacionado con la mejora y las posibilidades técnicas de aplicación, (por ejemplo, detección del peso de carga de una lavadora evita programas largos no requeridos para bajas cargas). Estas mejoras se traducirán en un ahorro económico en forma de ahorro de energía. Por otro lado la aplicación de estas mejoras tecnológicas supone un coste económico adicional que se ve al final reflejado en el precio del producto. El análisis del PCMCV consiste en comparar el consumo total del producto a lo largo de su ciclo de vida (normalizado para un año, es decir el consumo total estimado a lo largo del ciclo de vida dividido por el número de años de vida útil del producto) con el coste total de las tecnologías de ahorro energético añadidas al producto (normalizado también, coste del producto dividido por el número de años de vida útil del producto).

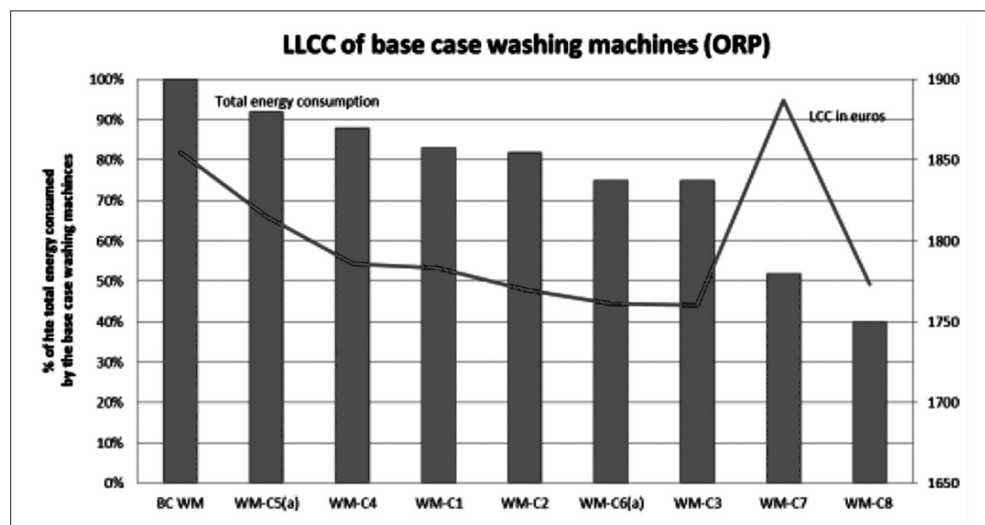
Cada añadido tecnológico reducirá gradualmente el consumo energético del producto. La figura 1 muestra este proceso aplicado para lavadoras.

La figura indica que el coste del producto se verá incrementado como consecuencia de la aplicación de estas mejoras técnicas. Esta diferencia económica se refleja en la Curva de Coste Mínimo de Ciclo de Vida en la que se comparan costes frente a ahorros. En este proceso de aplicar mejoras al producto, se llega a un punto en el que la curva sufre un punto de inflexión y es en ese punto donde se fijará el punto mínimo de coste de ciclo de vida. En este caso el PCMCV se alcanza con la combinación de técnicas WMC3.

7. Kemna 2011. *Methodology for Ecodesign of Energy- related Products - MEErP - Project Report*-Brussels/ Delft

8. Artículo 15-5.c - DIRECTIVA 2009/125/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 21 de octubre de 2009 por la que se insta a un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía

Figura 1 Curva de Coste Mínimo de Ciclo de Vida (BOYANO ET AL.)⁹



La directiva de Ecodiseño establece que los productos que consumen energía deben de cumplir con el nivel de consumo fijado por los estudios técnicos que desarrollan esta comparativa de costes aplicando la MEERP. Estos estudios se denominan Estudios preparatorios¹⁰ y analizan individualmente para cada producto el punto mínimo de coste de ciclo de vida. La directiva de Ecodiseño marca que los productos que consuma más energía que aquella que consume el producto con la combinación de técnicas en el PCMCV que este punto deberán ser eliminados del mercado europeo de una manera gradual en plazos a través de un programa de eliminación del mercado en determinadas plazos. Estos estudio preparatorios se aprovechan también para definir de qué manera se va a distribuir en la Etiqueta Energética los productos que no se eliminan del mercado, es por eso que las Regulaciones de Ecodiseño en gran medida se ven acompañadas por la preparación de Regulaciones de etiqueta energética para el mismo producto.

2.2. Limitaciones a la metodología MEERP

Actualmente existen Regulaciones de Ecodiseño para 24 grupos de productos relacionados con el consumo energético (listado disponible en la página web del directorado de energía de la Comisión Europea).¹¹

Una de las conclusiones que se pueden extraer del MEERP es que su aplicación se ve limitada a un determinado grupo de productos dentro de la vasta variedad

9. BOYANO ET AL - 2017 Ecodesign and Energy Label for Household Washing machines and washer dryers Preparatory study Final report

10. <https://circabc.europa.eu/faces/jsp/extension/wai/navigation/container.jsp>

11. (https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/list_of_ecodesign_measures.pdf)

de productos que se ponen a la venta en el mercado único europeo. Esta limitación viene a su vez a restringir la cantidad de impactos ambientales que se tienen en cuenta en la directiva de Ecodiseño, cambio climático y consumo de recursos (relacionados con el consumo de energía), comparados con la variedad de impactos que se observan bajo un análisis de ciclo de vida convencional.

Otra restricción relacionada con la limitación de categorías de impacto analizadas por el MEErP es que el análisis de ciclo de vida solo analiza los impactos derivados de la fase de utilización / consumo del producto. La limitación de la metodología es clara especialmente cuando se trata de analizar el impacto ambiental de otros productos cuyo impacto principal se deriva de otras fases del ciclo de vida. Por lo tanto la Directiva de Ecodiseño no se puede por el momento aplicar a otros tipos de producto. Con el ánimo de suplir estas deficiencias y desarrollar una metodología europea armonizada para el análisis de ciclo de vida a nivel europeo, la Comisión Europea está inmersa actualmente en el proyecto para el desarrollo de las metodologías de huella medioambiental.

3. DESARROLLO DE LA METODOLOGÍA DE LA HUELLA AMBIENTAL DE LOS PRODUCTOS

La falta de consistencia y armonización en el contenido y la aplicación de metodologías para evaluar y comunicar el comportamiento ambiental de productos pueden potencialmente confundir a los consumidores y otras partes interesadas en las cadenas de suministro pertinentes. A nivel mundial hay hoy en día 400 etiquetas distintas que miden de manera aislada impactos ambientales de acuerdo con lo reportado por páginas web como ecolabelindex.com. La mayoría de estas etiquetas se dedican exclusivamente a un impacto ambiental del producto (por ejemplo emisiones de gases de efecto invernadero o consumo de agua dulce).

Es por esto que a nivel político en la Unión Europea, los estados miembros encargaron a la Comisión Europea generar una metodología universal basada en las técnicas de ciclo de vida que pudiese dar respuesta a la necesidad creciente de analizar, comparar y mejorar el comportamiento ambiental de los productos que se introducen en el mercado europeo a lo largo de su ciclo de vida

3.1. Orígenes de la metodología de la huella ambiental de los productos

La Comisión Europea publicó la Comunicación de 2013 «Creación del mercado único de los productos ecológicos»¹² cuyo objetivo era establecer una definición común de producto ambientalmente sostenible y abordar la falta de confianza de los consumidores en los reclamos ambientales.

12. COM(2013) 196 final Comunicación de La Comisión Al Parlamento Europeo Y Al Consejo *Creación del mercado único de los productos ecológicos Mejora de la información sobre el comportamiento ambiental de los productos y las organizaciones*

Como parte de esta Comunicación, la Comisión propuso métodos a escala de la Unión Europea: la Huella Ambiental del Producto (PEF)¹³. El PEF es una evaluación multicriterio del comportamiento ambiental de un bien a lo largo de su ciclo de vida. Esta metodología fue desarrollada por el Centro conjunto de Investigación, órgano dependiente de la Comisión Europea.

El PEF representa la adaptación de la serie de metodologías ISO 14040 sobre Gestión ambiental —Análisis del ciclo de vida¹⁴ de manera que los resultados resulten comparables, sean consistentes y reproducibles. Dado que el objetivo en un principio será aplicar esta metodología en un entorno legislativo— administrativo, la intención de la comisión con el desarrollo del PEF ha sido desde un primer momento aproximarlos desde un punto de vista coercitivo. Esto se ha hecho a través de adoptar un lenguaje en la redacción de la metodología que obliga al usuario del PEF a tomar ciertas direcciones en cuanto a la toma de decisiones con respecto al modelo para un producto determinado. Por ejemplo, cuando en guías estándar y protocolos de Análisis de Ciclo de Vida se utiliza la palabra «PUEDE» para proponer opciones de modelización, en el PEF se dan ciertas direcciones a través de la palabra «DEBE».

3.2. Fase piloto del PEF

Con el fin de adaptar esta metodología general a una aplicación práctica a nivel de producto y desarrollar los requisitos metodológicos específicos de la categoría de producto en las llamadas Reglas de Categoría de Huella Ambiental de Producto (PEFCR), entre 2013 y 2018 se han llevado a cabo una serie de pruebas piloto aplicando la metodología a productos específicos. Las reglas de Categoría de Producto (PCR) definen los requisitos para la aplicación de la metodología PEF determinada categoría de producto.

Los objetos de los pilotos han sido:

- Testar el proceso para desarrollar categorías de producto específicas
- Probar diferentes enfoques de verificación de los resultados de la aplicación del PEF encaminados a aseverar los resultados de la declaración de los resultados de Análisis de Ciclo de Vida desarrollados de acuerdo a la metodología PEF
- Probar vehículos de comunicación de las características ambientales del ciclo de vida del producto a socios comerciales, consumidores y otras partes interesadas de la compañía.

13. Recomendación de La Comisión de 9 de abril de 2013 sobre el uso de métodos comunes para medir y comunicar el comportamiento ambiental de los productos y las organizaciones a lo largo de su ciclo de vida (Texto pertinente a efectos del EEE)

14. ISO 14040:2006(en) Environmental management - Life cycle assessment - Principles and framework

En el caso práctico de los productos alimentarios, 11 de 25 pilotos del PEF están siendo llevados a cabo por la industria de la alimentación. Entre otros son Cerveza, Café, Productos lácteos, pienso para ganado, carne envasada, pasta, agua embotellada, comida para mascotas, aceite de oliva y vino.

Cada piloto está liderado por la organización que representa al sector industrial a nivel europeo y es responsable de llevar a cabo los objetivos del piloto de acuerdo con los requisitos de la Comisión Europea.

3.2.1. Lecciones aprendidas de la fase piloto por los pilotos de comida y bebida

El proceso de los pilotos ha generado bastante conocimiento alrededor de aplicación Análisis de Ciclo De Vida a los productos alimentarios, con inconvenientes y ventajas. Hay varios puntos de debate específicos a la aplicación del Análisis de Ciclo De Vida y el desarrollo de categorías de producto en los productos a alimentarios que han surgido de este proceso:

La primera de ellas fue como se define la unidad funcional del producto para el cual desarrollamos el análisis de ciclo de vida. Este punto ha sido bastante debatido con respecto a si está entre las opciones para fijar esta unidad funcional deberían fijarse en base a los nutrientes que se extraen de un determinado producto alimentario, es decir, cantidad de hidratación (bebida), energía, minerales, proteínas, carbohidratos... o si por otro lado debería ser fijado exclusivamente a la cantidad de producto (eg. 1 litro de leche). La regla general elegida por los pilotos y que se ha introducido en las reglas de producto generadas es la de cantidad. Esta discusión entra también en relación con las características nutricionales de la comida o de un producto alimentario y la clasificación de estos alimentos en función de su contenido nutricional.

También relacionado con la unidad funcional de producto, está la limitación impuesta específicamente por una metodología enfocada en la categoría de producto que no permite comparar con otras categorías de producto similares (eg. Refrescos vs agua mineral) que tendrían una función similar (fuente de hidratación).

Existen Categorías de Impacto específicas para productos con materias primas procedentes de agricultura (alimentos, papel, madera) para cuales no hay metodología cuantitativa generalmente establecida como por ejemplo la pérdida de biodiversidad. La solución temporal propuesta por los participantes al piloto y la Comisión es establecer una valoración cualitativa de la pérdida de biodiversidad que no se enmarca en un contexto de análisis cuantitativo como es el Análisis de Ciclo de Vida

Otra área relevante de discusión has sido como delimitar o atribuir los impactos de los productos que tienen una materia prima común (por ejemplo ganado bovino) o que tienen un elemento común (envases). Se han establecido grupos de discusión específicos en los cuales participaban los pilotos interesa-

dos para discutir la atribución de los impactos dentro de la cadena del ganado bovino y dentro de la producción de envases.

Para algunos pilotos que dependían en gran medida de las condiciones locales de producción y extracción de recursos, ha sido complicado de modelizar y promover medias en un territorio geográficamente en un territorio tan vasto como el de la Unión Europea

Para el caso de los alimentos ha sido también especialmente complicado obtener datos primarios de confianza teniendo en cuenta que el principal impacto de los productos agroalimentarios se da en la fase de extracción de recursos y es complicado asegurar la confiabilidad y trazabilidad de los datos primarios en un mercado global de bienes agrícolas.

Estas áreas mencionadas han llevado a identificar una serie de «huecos» metodológicos en la finalización del PEF y de las fases de pilotos que tendrán que ser subsanados en los próximos años si se pretenden de hacer de esta metodología una metodología general que se aplique a los productos agroalimentarios.

3.3. Futuro del PEF

En Abril 2018 se finalizaron¹⁵ los pilotos con la aprobación de las categorías de producto del PEF. El siguiente paso para la Comisión Europea será entonces el análisis de las experiencias surtidas de esta fase piloto, entre ellas las explicadas anteriormente. Con este análisis se espera que la comisión presente una propuesta de que describa utilizar el PEF en un contexto de políticas de producto para la comunicación sobre el comportamiento ambiental de los productos entre empresas y hacia los consumidores.

Dado que su integración en políticas europeas de producto existentes, como la de Ecodiseño, etiqueta energética, Compra Pública sostenible o la Ecoetiqueta necesitaría de una subsecuente fase de trabajo, no se espera que este paso se vaya a dar el año próximo. Extrayéndose de la experiencia del PEF y dadas las áreas metodológicas a mejorar en el momento para aplicarlo a una variedad de productos, el hecho de que el PEF se pueda utilizar en un futuro para estas políticas necesita más implementación y acumulación de experiencia en su utilización, acompañadas de una necesaria mejora metodológica.

Por el momento no existe ninguna política ambiental europea de producto que se aplique a los alimentos, con la excepción de la los criterios sobre compra pública sostenible¹⁶ aplicados a comida y servicios de catering que por el momento no atiende a una clasificación/medición de los impactos ambientales de

15. http://ec.europa.eu/environment/eussd/smgp/EFconference_2018.htm

16. Alimentación y servicios de restauración - Ficha de producto para la Contratación Pública Ecológica (CPE)

producto. En función de la aplicación que finalmente se le dé al PEF y PEFCR para alimentos se verá si esta situación cambia.

4. CONCLUSIONES

Las políticas actuales de producto sostenible en la Unión Europea no permiten medir todos los impactos relevantes en el ciclo de vida de cualquier producto.

Existen medios para medir el impacto de los productos a lo largo de su ciclo de vida de una manera integral y se está testando la manera de hacerlo de una forma armonizada, general y dentro de un marco oficial en la Unión Europea

Aún quedan ciertas áreas que mejorar en las metodologías que se están testando para con el fin de asegurar la provisión de información veraz y comparable.

En los próximos años se dará una respuesta por parte de las instituciones europeas a como se resuelve estos aspectos y como se van a aplicar estas metodologías.

LEGISLACIÓN CITADA

Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de Octubre de 2009 por la que se instaure un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía

Reglamento (UE) 2017/1369 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2017 por el que se establece un marco para el etiquetado energético y se deroga la Directiva 2010/30/UE

Reglamento (CE) No 66/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 relativo a la etiqueta ecológica de la UE

Reglamento (UE) No 1015/2010 de la Comisión de 10 de noviembre de 2010 por el que se desarrolla la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo respecto de los requisitos de diseño ecológico aplicables a las lavadoras domésticas

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BOYANO ET AL - 2017 Ecodesign and Energy Label for Household Washing machines and washer dryers Preparatory study Final report.

COMISIÓN EUROPEA (2013): *Comunicación de La Comisión Al Parlamento Europeo Y Al Consejo Creación del mercado único de los productos ecológicos Mejora de la información sobre el comportamiento ambiental de los productos y las organizaciones.*

COMISIÓN EUROPEA (2013): *Recomendación sobre el uso de métodos comunes para medir y comunicar el comportamiento ambiental de los productos y las organizaciones a lo largo de su ciclo de vida (Texto pertinente a efectos del EEE).*

- COMISIÓN EUROPEA (2016) *Communication from the commission: Ecodesign Working Plan 2016-2019.*
- COMISIÓN EUROPEA (2007): *Alimentación y servicios de restauración - Ficha de producto para la Contratación Pública Ecológica (CPE).*
- FOODDRINKEUROPE (2017): *Product Environmental Footprinting Experience and Recommendations of the Food and Drink Sector.*
- ISO 14040:2006 (2006): *Environmental management - Life cycle assessment - Principles and framework.*
- KEMNA (2011): *Methodology for Ecodesign of Energy related Products - MEErP - Project Report*

Capítulo 20

ANÁLISIS DE CICLO DE VIDA EN LA ECONOMÍA CIRCULAR. APLICACIONES EN EL RECICLAJE DE TECNOLOGÍA DE MEMBRANA

Jorge Senán Salinas

Técnico de apoyo a la investigación en Tecnología de Membrana
IMDEA-Agua

Europa se encuentra en una incipiente transición económica de motivación medio ambiental: la economía circular. Este modelo económico se define por el cambio de estrategia de ciclo de vida de los productos. El reciclaje: la reintroducción de materiales de productos desechados a la economía nuevamente, es uno de los pilares más simbólicos del modelo circular en contraposición al sistema actual de «tomar-hacer-desechar» (modelo lineal).

La Directiva Marco de Residuos (2008/98/EC) propone el reciclaje directo como una de las alternativas de gestión preferibles. Sin embargo, también exige que sea «ambientalmente practicable» y por tanto que se evalúe ambientalmente.

El análisis de ciclo de vida (ACV) es una herramienta que permite el estudio del impacto ambiental en todo el ciclo de vida y en cada una de sus etapas. Por ello, una herramienta válida de referencia para la encomienda de la Directiva. Esta metodología se basa en los principios de las ISO 14040 y 14044. Se ve desarrollada más ampliamente en los documentos de referencia de la Unión Europea en la *International Life Cycle Data System (ILCD)*

La tecnología de desalación más implementada es la Osmosis Inversa (OI) (65% de la capacidad total instalada). Actualmente, se estima que más de 840.000 módulos de OI son desechados mundialmente, 81.400 en el caso de España. Lo que supone una gran cantidad de materiales de alto valor: 14.000 y 1.000 toneladas anualmente, respectivamente. La alternativa a la deposición de vertedero o incineración (gestión actual) es el reciclaje directo, principalmente, como nanofiltración y ultrafiltración.

El presente capítulo recorre todas las etapas del desarrollo de un sistema de reciclaje, ejemplarizado en el caso del reciclaje directo de la OI. Integrando antecedentes, trabajo presente y futuro del mismo, bajo el marco de la ILCD.

La problemática común encontrada en los antecedentes y en el trabajo actual es la cuantificación de los impactos de los productos comerciales originales a los que sustituyen. Necesarios en el análisis de enfoque de sustitución recomendado por la ILCD.

SUMARIO: 1. Economía circular, análisis de ciclo de vida y reciclaje. 1.1. Economía circular: una transición económica de base medioambiental. 1.2. De la economía lineal a la economía circular: cambio de paradigma. 1.3. Concepto de ciclo de vida en la legislación europea de residuos. 1.4. Eco-innovación en el sector del reciclaje y análisis de ciclo de vida. 1.5. Objetivo y caso de estudio: análisis de ciclo de vida en la innovación del reciclaje. 2. La Osmosis Inversa (OI) hacia la economía circular. 2.1. La OI hoy: un ejemplo de modelo lineal. 2.2. Estrategias investigadas de economía circular en la OI. 2.3. Etapas en el desarrollo de un reciclaje. 3. Análisis de ciclo de vida a escala laboratorio. 3.1. Antecedentes. 3.2. Proyecto INREMEX: Estudio de la adaptación a otras aplicaciones. 4. El reciclaje en escala piloto: *Life Cycle Thinking introduction*. 4.1. Oportunidades de la escala piloto sobre la escala laboratorio. 4.2. Divergencias en el escalado. 4.3. Enfoque de ciclo de vida en los productos reciclados. 5. El análisis de ciclo de vida en la toma de decisiones macro, ejecutivas y legislativas: perspectivas de implementación. 5.1. Propuesta de documento BREF para un nuevo sector. 5.2. Apoyo a problemas logísticos y definición de los principios de un programa de reciclado. 5.3. Estudio de las consecuencias ambientales de la implantación de un sistema de reciclado. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía citada.

1. ECONOMÍA CIRCULAR, ANÁLISIS DE CICLO DE VIDA Y RECICLAJE

1.1. Economía circular: una transición económica de base medioambiental

Europa se encuentra en un momento de incipiente transición económica hacia un nuevo paradigma denominado economía circular. Una de las reformas económicas más ambiciosas en el ámbito económico de motivación ambiental (EC, 2015).

La economía circular se define por parte de la comisión europea en el plan de acción¹ como una economía en la que *«el valor de los productos, los materiales y los recursos se mantenga en la economía durante el mayor tiempo posible, y en la que se reduzca al mínimo la generación de residuos»*. Los objetivos son la minimización de entradas y salidas de nuestra economía (tecnosfera) con el medio ambiente (EEA, 2016). Estos objetivos pueden alcanzarse debido a la prolongación de la vida útil, la reutilización, el reciclaje, etc...

1.2. De la economía lineal a la economía circular: cambio de paradigma

El cambio conceptual de un modelo lineal (sistema actual) basado en tomar-hacer-desechar² ha de cambiar a un modelo circular. El reciclaje es uno de las

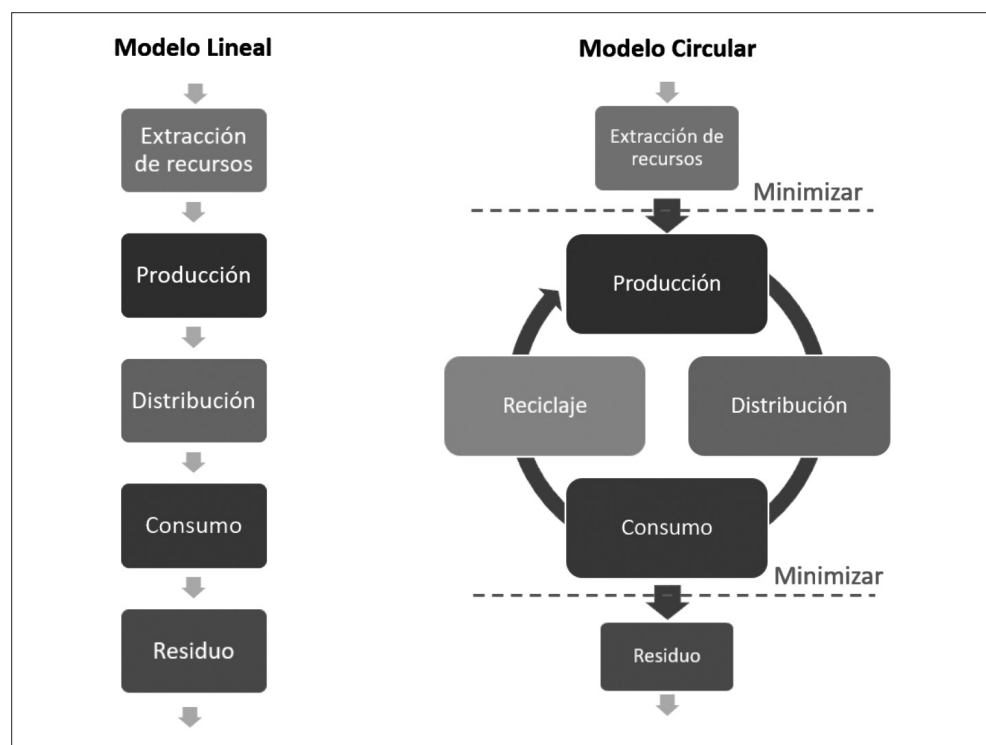
1. COM-614:Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular (EC, 2015)

2. Del ingles, *«take-make-dispose»* (EMF, 2012)

estrategias más icónicas del nuevo paradigma. Junto a la reutilización, se tratan de las estrategias que definen el nombre de este nuevo modelo. La representación simplificada de estos dos modelos de la figura 1 permite una inmediata comprensión de la diferencia entre estos.

Sin embargo, no se trata de una estrategia desconocida ni de la única estrategia de economía circular. El reciclaje es una de las estrategias más efectivas y en las cuales se están centrando más esfuerzos por parte de la Comisión Europea. De los 10 indicadores elegidos por la Comisión para el seguimiento del avance a la economía circular³ 4 están directamente relacionadas con el reciclaje (tasas globales de reciclaje, tasas de reciclaje para flujos de residuos específicos, el comercio de materias recicladas y la contribución de los materiales reciclados a la reducción de demanda de materias primas). El resto están vinculados pero no de manera directa. Hay que destacar el indicador de la contratación pública ecológica que integra criterios de compra más allá del precio. Este punto se desarrolla en el capítulo 1 de este libro.

Figura 1. a) representación conceptual del modelo lineal. b) representación conceptual simplificada del modelo circular en la economía.



3. COM 29: Sobre un marco de seguimiento para la economía circular (EC, 2018)

1.3. Concepto de ciclo de vida en la legislación europea de residuos

La Directiva Marco de Residuos (2008/98/EC) lleva desde el año 2008 describiendo las estrategias para la gestión de residuos aplicadas en la Unión Europea (EPC, 2008). Uno de los conceptos integrantes que destacan es el concepto de ciclo de vida del producto o *life cycle thinking*⁴. Lo que significa que no solo se alude a la gestión del residuo (producto que ha perdido el valor de uso original), sino a todas las etapas de la vida del producto previas. Hay que destacar la importancia de etapas como el diseño o la producción que permiten la reducción y prevención de los residuos o pueden facilitar la gestión y el tratamiento de los mismos. Un ejemplo de estrategia, en este sentido, es el eco-diseño.

La prioridad de las estrategias viene definida por la jerarquía de gestión⁵. Esta, se representa por lo general con una pirámide invertida que indica el orden de prioridad. De mayor a menor (prioridad), viene encabezada por la prevención y la reducción del residuo, seguida del reciclaje y finaliza con la disposición (ver figura 2). Es interesante anotar que esta directiva es previa al reconocimiento por parte de la Comisión Europea de la economía circular, sin embargo precedía con algunos de los conceptos y el término «sociedad del reciclaje»⁶. Uno de los puntos más fuertes de la directiva asociados al cambio de perspectiva es la responsabilidad extendida del productor en el residuo⁷. El objetivo principal es la extensión de la responsabilidad del productor en todo el ciclo de vida. Especialmente en la etapa de residuo con la responsabilidad financiera de gestionar los residuos (resultantes producto producido). Sin embargo, está asociado un objetivo secundario: la promoción de estrategias preventivas por parte de los productores.

1.4. Eco-innovación en el sector del reciclaje y análisis de ciclo de vida

La Directiva marco apunta en relación al reciclaje que este debe de ser ambientalmente practicable⁸. La necesidad de evaluar el reciclaje y todo el ciclo de vida del producto (incluso del nuevo producto reciclado) de manera holística apunta al análisis de ciclo de vida (ACV) como herramienta de referencia.

4. *Life cycle thinking* o pensamiento de ciclo de vida es un término que alude a la visión holística de un producto o servicio. Es decir, a la consideración de todas sus etapas y a la estrategia de ciclo vida. Aparece repetitivamente en la Directiva Marco de Residuos (2008/98/EC) pero tiene especial relevancia su aparición en el artículo 2.

5. Artículo 4 de la Directiva Marco de Residuos (2008/98/EC)

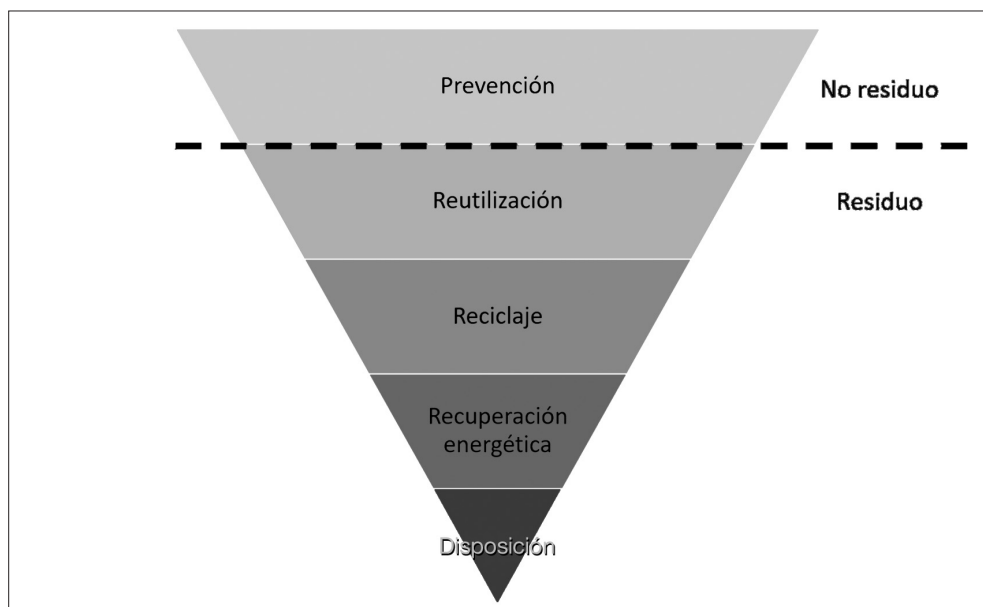
6. «*Recycling society*» o sociedad del reciclaje es un término que aparece repetidamente en la Directiva Marco de Residuos (2008/98/EC)

7. Artículo 8 de la Directiva Marco de Residuos (2008/98/EC)

8. Artículo 2 y 11 de la Directiva Marco de Residuos (2008/98/EC)

Definida principalmente por las ISOs 14040 y 14044, el ACV es una herramienta que permite evaluar las implicaciones ambientales en las diferentes etapas de la vida de un producto (ISO 2006a y 2006b). Así como, estrategias de producto o alternativas de gestión o tecnológicas. Un sistema de soporte a la toma de decisión ideal conforme a las exigencias y principios antes mencionados de la Directiva Marco de Residuos y para aplicaciones como *life-cycle thinking* o eco-diseño. Su descripción está desarrollada en el capítulo II de este libro.

Figura 2. Jerarquía de gestión de residuos según la directiva marco de residuos 2008/98/EC. Distinción en las opciones en relación etapas al ciclo de vida antes de convertirse en residuo y después de ser un residuo. La anchura de la pirámide en cada estrato representa el «beneficio ambiental» de cada alternativa. Se trata de una recomendación general y de un principio. Cada caso debe de ser analizado en concreto



1.5. Objetivo y caso de estudio: análisis de ciclo de vida en la innovación del reciclaje

El objetivo de este apartado es el análisis de los puntos críticos en la innovación de un reciclaje donde el ACV es una herramienta útil. Este análisis se desarrollará, principalmente, sobre la actual investigación de reciclaje directo de membranas de osmosis inversa que se lleva a cabo en el grupo de Tecnología de Membranas en el Instituto IMDEA Agua, bajo el marco de los proyectos INMEM (INnovación y REciclaje de MEMbranas para el tratamiento

de aguas)⁹ y LIFE-TRANSFOMEM (**TRANSFO**rmación de **MEM**branas desechadas de OI en membranas recicladas de UF y NF)¹⁰. Se usarán como documentos de referencia las guías de la *International Life Cycle Data System (ILCD)* desarrolladas por el Joint Research Center (JRC) y la Unión Europea (JRC, 2010)

2. LA OSMOSIS INVERSA (OI) HACIA LA ECONOMÍA CIRCULAR

2.1. La OI hoy: un ejemplo de modelo lineal

Para la mejor comprensión de todo el estudio es necesario entender el ciclo de vida actual del producto de la osmosis inversa (OI).

2.1.1. La OI en la desalación

Las tecnologías de desalinización, cada vez más extendidas en el mundo, ayudan a resolver los problemas de déficit hídrico de carácter estructural (MOLINA, V.G. et al., 2010). La OI tiene un gran peso dentro de las tecnologías de desalinización (>66,5% de la capacidad de desalación instalada) en el mundo (IDA, 2016). Los principales motivos son el coste competitivo adquirido tras los últimos desarrollos tecnológicos (polímero responsables de una alta selectividad densamente empaquetados en una espiral, con alta permeabilidad y bajo nivel de ensuciamiento y su operatividad (Judd, S., 2017).

El fundamento de la OI es el paso de agua a través de una membrana polimérica densa de poliamida (PA) y semipermeable, bajo un gradiente de presión superior a la presión osmótica¹¹. La separación del resto de compuestos que la acompañan es selectiva, superando el 99,5 % de rechazo de iones monovalentes (GARCÍA-PACHECO, R., 2017). La corriente de agua que atraviesa la membrana o permeado es un agua libre de estos compuestos perfectamente adaptable para el consumo¹². Estas membranas suelen estar integradas en una configuración de espiral, donde láminas de membranas se enrollan alrededor de un tubo colector de permeado, tal como se puede ver en la imagen 1.

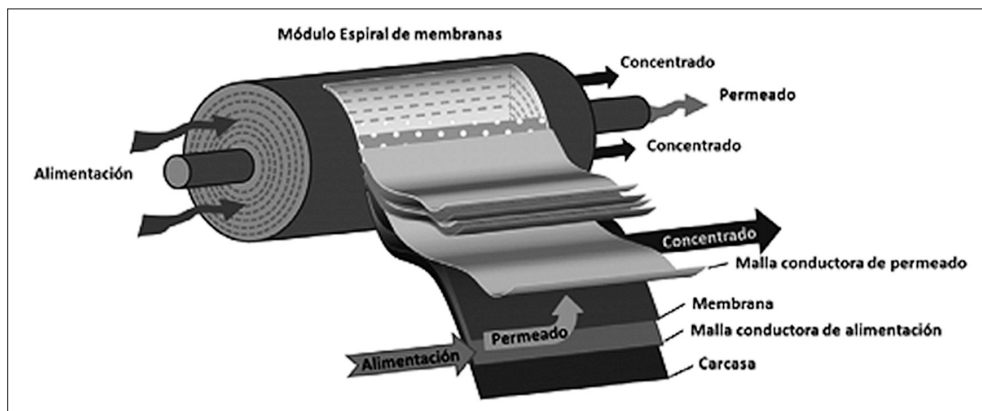
9. El proyecto INREM-MEM-Innovación y reciclaje de membranas para el tratamiento de aguas (CTM2015-65348-C2-1-R-MINECO/FEDER) se centra en el estudio de rutas de gestión alternativa a la disposición en vertederos de membranas de filtración de ósmosis inversa. Más información en <http://inremem.simplesite.com/>

10. El proyecto LIFE-TRANSFOMEM-Transformación de membranas desechadas de OI en membranas recicladas de UF y NF (ENV/ES/000751) es un proyecto desarrollado en cooperación entre IMDEA-Agua, Valoriza Agua y SADYT. Es el estudio que precede al proyecto INREM-MEM. Más información en <http://www.life-transfomem.eu/>

11. La presión osmótica se puede definir como la difusión pasiva, caracterizada por el paso del agua, disolvente, a través de la membrana semipermeable, desde la solución más diluida a la más concentrada.

12. En función del uso del agua es necesario un post-tratamiento de re-mineralización. Por ejemplo, en el consumo humano se le añade carbonato cálcico.

Imagen 1. Estructura del módulo de OI en configuración *Spiral wound*. (Molina, S. 2013)



2.1.2. El ensuciamiento y la OI al final de su vida útil

La principal causa de obsolescencia de esta tecnología es el ensuciamiento: la deposición de materia y compuestos orgánicos (ácidos húmicos, fúlvicos, proteínas o microorganismos), así como la precipitación de las sales (monovalentes (p.ej. cloruros y sodios divalentes (p.ej. sulfato cálcico)) presentes en el agua de origen. El ensuciamiento reduce la permeabilidad (flujo de agua que es capaz de pasar por la membrana por unidad de presión), incrementando la presión de trabajo, el consumo energético y por tanto el coste operacional (Jiang, S. et al., 2017). El problema reside en que algunos de estos ensuciamientos se vuelven irreversibles y persistentes. La capacidad de las limpiezas disminuye con el tiempo y las membranas se vuelven ineficientes. Por lo general, las membranas de OI son retiradas tras una vida media de unos 8 a 10 años (LANDABURU-AGUIRRE, J. et al., 2016). Aunque existen otras causas como la rotura mecánica, o la abrasión de la membrana, el ensuciamiento persistente supone la principal causa de retiro de las membranas (Peña, N. et al., 2013). La baja vida media de las membranas conlleva una alta tasa de rendimiento (mayor del 10 %). Lo que implica una cifra en torno a los 840.000 módulos desechados anualmente en el mundo o 81.400 en el caso de España. Esta cifra se traduce en, aproximadamente, más 14.000 toneladas de diferentes plásticos en el mundo anualmente y más de 1.000 toneladas anualmente en España que se pierden. El principal destino son los vertederos municipales cercanos a las plantas de desalación o en algunos casos la incineración (LANDABURU-AGUIRRE, J. et al., 2016).

2.2. Estrategias investigadas de economía circular en la OI

2.2.1. Estrategias para incrementar la vida útil como OI

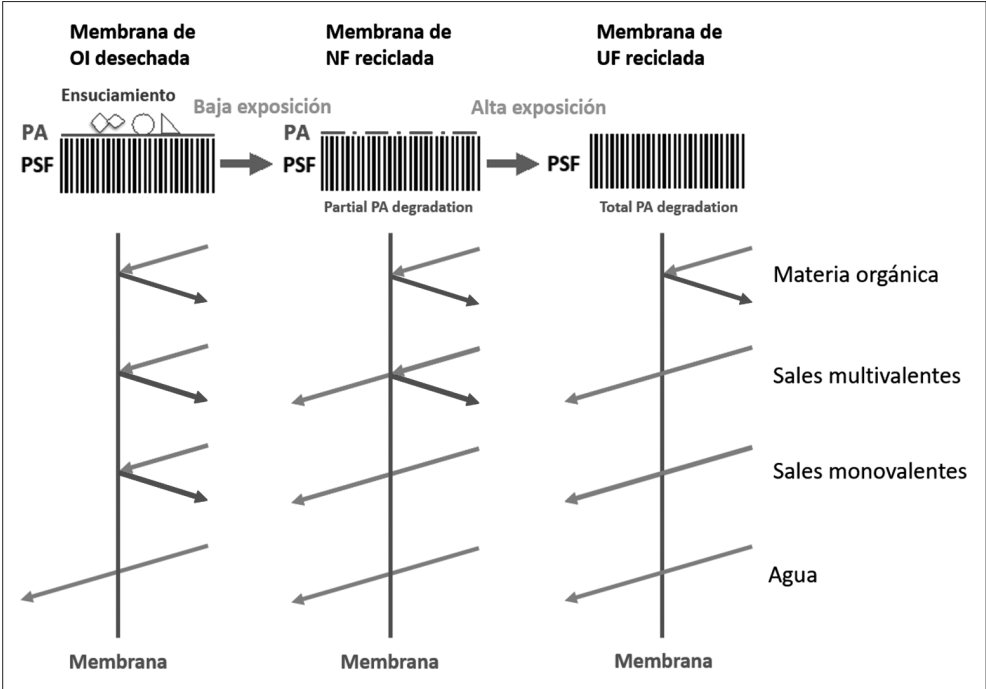
La problemática del ensuciamiento ocupa uno de los más comunes objetos de estudio en este sector, debido a la corta vida de las membranas, los incremen-

tos de costes operacionales, etc. Es por ello que existe una extensa investigación centrada en alargar la vida útil de las membranas de OI durante su aplicación industrial. Así se estudia cómo generar membranas con baja tasa de ensuciamiento, cómo optimizar la fase de pretratamiento, mejorar las técnicas de limpiezas y facilitar la detección del ensuciamiento (LANDABURU-AGUIRRE, J. et al., 2016).

2.2.2. El reciclaje directo

Una estrategia menos investigada que se desarrolla en el grupo de membranas de IMDEA-Agua es el reciclaje directo como Nanofiltración (NF) y Ultrafiltración (UF). La base de este reciclaje es el proyecto LIFE-TRANSFOMEM. El proyecto trata de demostrar que el reciclaje de membranas es técnica y económicamente viable. El reciclaje de membranas desechadas de OI a NF y UF se trata de un *downcycling*. Es decir, se obtiene un producto reciclado que se

Figura 3 (de arriba abajo). Evaluación de las propiedades de separación con el grado de degradación de la PA. a) descripción conceptual de la transformación de las propiedades del módulo en función del grado de degradación de la poliamida. b) Selectividad de cada membrana (la membrana, representada con la línea vertical diferencia entre el rechazo (lado izquierdo) y permeado (lado derecho), las flechas que pasan hacia la izquierda a derecha, indican falta de rechazo, las flechas que chocan y vuelven a la derecha indican rechazo).



puede introducir en operaciones o procesos menos exigentes que el producto original¹³. En este caso, se trata de la disminución de la selectividad de las membranas originales de OI en favor de obtener valores de permeabilidad similares o superiores al original para poderlas utilizar como NF y UF. Estas propiedades se consiguen mediante la degradación parcial o total de la capa de PA, respectivamente. La figura 3 representa la relación con la degradación de la PA con las capacidades separadoras de las nuevas membranas resultantes. A su vez las membranas de NF recicladas se podrían volver a someter a tratamiento para convertirlas en membranas recicladas de UF.

2.3. Etapas en el desarrollo de un reciclaje

El desarrollo de un reciclaje tiene una serie de etapas que incluyen desde los primeros experimentos de laboratorio para estudiar si puede existir una base técnica a la implementación de un sistema de reciclaje o la definición de Mejores Tecnologías Disponibles en un nuevo sector.

En el caso que nos corresponde se han sucedido diferentes etapas:

- 1) Escala laboratorio:
 - a. Descubrimiento del concepto y evaluación del potencial
 - b. Comparación del potencial económico y ambiental de alternativas de gestión
- 2) Escala piloto:
 - a. Evaluación de las alternativas surgidas en escalado y asistencia en el diseño del proceso de reciclado: evaluación de alternativas y mejoras.
 - b. Validación del reciclaje a escala pilotos
- 3) Escala pre-industrial e industrial:
 - a. Prueba de los productos reciclados a escala pre-industrial
 - b. Definición de Mejores Tecnologías Disponibles.
 - c. Apoyo a la decisión en problemas logísticos: ubicación de la planta
 - d. Estudio de las consecuencias de la apertura de un nuevo mercado de productos reciclados

13. El subtipo de reciclaje es el denominado «*Open Loop-different primary route*» o bucle abierto de ruta primaria diferente, es donde el bien secundario reemplaza un tipo diferente de material, energía o parte con la misma o muy similar función

3. ANÁLISIS DE CICLO DE VIDA A ESCALA LABORATORIO

3.1. Antecedentes

3.1.1. Comparativa de alternativas

El primer caso en el que se evalúa el reciclaje directo a UF es en el artículo: «*Comparative life cycle assessment of end-of-life options for reverse osmosis membranes*» (2015) del Dr. William Lawler. En este trabajo se compara mediante ACV las diferentes alternativas de gestión de las membranas de OI: disposición en vertedero, la incineración, gasificación, recuperación de energía en la fabricación de acero en hornos de arco eléctrico, reciclaje del material, reciclaje directo como UF y reutilización como OI tras una limpieza.

El resultado de esta comparativa coincide con la pirámide de referencia de la Directiva Marco de Residuos (2008/98/EC) antes mencionada. El orden de prioridad es (de peor a mejor opción en casi todas las categorías de impacto estudiadas): disposición en vertedero, la incineración, gasificación, recuperación de energía en la fabricación de acero en hornos de arco eléctrico, reciclaje material, reciclaje directo como UF y reutilización como OI (LAWLER, W. et al., 2015).

3.1.2. Limitaciones del estudio

El estudio citado anteriormente incluye el reciclaje directo a UF. Sin embargo, este estudio posee grandes limitaciones. En este estudio solamente se había probado la transformación a UF con unos pequeños recortes de membrana de unos escasos centímetros cuadrados. Los errores asociados en esta etapa se podrían definir, por naturaleza en: cuantitativos y cualitativos.

Los cuantitativos están asociados a la incertidumbre de cómo se han extrapolado los resultados. La cuantificación se realizó mediante la extrapolación del resultados del consumo en laboratorio a todo el modulo. En el caso del proyecto LIFE-TRANSFMEM se cuantificó de manera directa el consumo de hipoclorito en transformaciones con 1 y 6 módulos. Los resultados obtenidos son muy diferentes entre el estudio de LAWLER, W., et al. (2015) y los registrados en el proyecto LIFE TRANSFOMEM.

Por otro lado, aunque con una importante repercusión cuantitativa en el impacto de la transformación pero de naturaleza cualitativa, están los errores relacionados a la falta de identificación de impactos. Este error está asociado a la falta de estudio del potencial escalado de esta tecnología. Lawler W., et al. (2015), omite algunos de los flujos necesarios en el proceso. El tratamiento de las aguas residuales de los procesos es un ejemplo. En el estudio a escala laboratorio no se detalla ni especifica el tratamiento. Se asumen las aguas residuales como asimilables a urbanas con el respectivo tratamiento. La falta de definición y análisis de esa agua conlleva a la simplificación anterior. El estudio a escala piloto (proyecto LIFE-TRANSFOMEM) exigía el tratamiento de estas aguas. Por lo que se identificaron la calidad de estos efluentes para el diseño de tratamien-

to adecuado. El primer compuesto que nos encontramos no asimilable es la cantidad de cloro libre (del orden de 6.000 ppm en el efluente del proceso de oxidación y 300 ppm en el efluente del lavado). Estos requieren el tratamiento químico mediante bisulfito sódico para reducir la cantidad de Cloro. Así también una parte de este cloro en forma de ion clorito se transforma en cloro gas que hay que retener con una trampa de NaOH. El consumo de todos estos químicos es uno de los más importantes y es mucho mayor que el tipo de tratamiento que se asimilaba en el estudio de *LAWLER, W. et al. (2015)*.

Estos errores, relacionados con una incertidumbre asociada a la definición del sistema y la identificación de flujos o procesos relevantes parece ser más propia en este tipo de escala donde no existe una materialización completa del sistema de estudio.

3.1.3. Expansión del sistema y enfoque de sustitución

3.1.3.1. Concepto

Una particularidad de la aplicación del ACV en el reciclaje es la expansión del sistema y el enfoque de sustitución¹⁴. Lo que significa, no solo la cuantificación de nuestro sistema concreto dentro de los límites del sistema: los impactos de los consumos y emisiones de nuestro reciclaje; sino los créditos ambientales de evitar la producción del homologo al que se sustituye: los impactos de los consumos y emisiones de la producción del nuevo producto. Este punto, es uno de los más delicados en cuanto al análisis de un sistema de reciclaje ya que es el que en definitiva, cuantifica el balance ambiental de la actividad. La figura 4 representa la expansión del sistema para el caso del reciclaje a UF. El resultado final corresponde a la diferencia del impacto del sistema de reciclaje respecto al impacto de la producción de un módulo de UF nuevo compensado por un ratio que describe la substitubilidad en base a sus propiedades técnicas (impacto de la expansión del sistema). La configuración y diseño del cálculo de este ratio también se trata de un punto crítico debido a la influencia que tiene en la ecuación. En la práctica esto se traduce en las ecuaciones 1 y 2:

Ecuación 1:

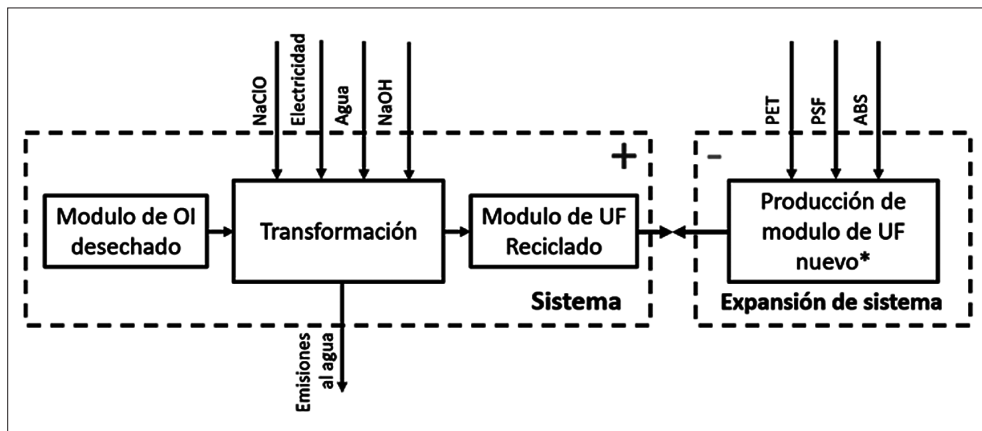
$$\text{Imp. Reciclaje} = \text{Imp. Sistema} - \text{Imp.Exp.Sistema}$$

Ecuación 2

$$\text{Imp. Exp. Sistema} = \text{Imp. Prod. producto sustituido} \times \text{ratio compensación}$$

14. La expansión del sistema, según la ILCD (JRC, 2010), hace referencia a la inclusión de inventarios no incluidos dentro de nuestro sistema de estudio pero que tienen relación con él. Por lo general se utiliza como método para resolver cuestiones de multifuncionalidad. Concretamente la variante de substitución hace referencia a la inclusión de otra variante de producción del mismo producto. En el caso de un reciclaje directo sería la variante de nueva manufacturación del mismo producto reciclado.

Figura 4. Representación conceptual simplificada de los límites del sistema y de la expansión del sistema del ACV de la transformación a UF. (*) La producción de módulos de UF es compensada por el ratio en función de la vida útil.



3.1.3.2. Ratio de compensación

En relación a este punto el artículo de *LAWLER, W., et al. (2015)*, asume como inventario de producción de UF el inventario de producción de la OI. Esto implica, primeramente, un error debido a que los módulos de OI poseen una menor cantidad de material por superficie¹⁵. Un segundo error sería el cálculo del ratio de compensación (ecuación 3) la relación de la vida útil del producto reciclado. Se han considerado 7,5 años (3-10 años) de vida útil de la membrana comercial y 2,5 años (0,5-5 años) de vida útil de la membrana reciclada.

Ecuación 3:

$$\text{ratio compensación} = \frac{\text{Vida útil reciclada}}{\text{Vida útil comercial}} = \frac{2,5 \text{ años}}{7,5 \text{ años}} = 0,33$$

Este ratio podría mejorarse con la inclusión del factor superficie antes mencionado. La superficie, a iguales condiciones operacionales y características técnicas de membrana, es el principal factor que define la cantidad de agua tratada que se puede obtener. Por tanto este elemento técnico es importante. En el caso de las membranas comerciales de OI y NF, las superficies de los módulos están estandarizadas (35-37 m²). En el caso de las membranas de UF existe mayor variabilidad, pudiendo encontrar en el mercado membranas con una superficie de hasta 50 m². Este es solamente la identificación de algunos de los puntos o

15. La OI tiene una serie de componentes como el poliéster en el soporte de la membrana o un mayor grosor en la fibra de vidrio que se basan en la necesidad de soportar altas presiones (25-40 bar). La ultrafiltración se usa a menores presiones (0.5-5) y no requiere de esos materiales o en menor cantidad. Así también la UF no tiene una capa de PA y por tanto los recursos necesarios para la polimerización superficial también han sobreestimado el impacto evitado.

limitaciones que existen en relación al ratio de compensación y a la definición de que criterios técnicos considerar.

3.2. Proyecto INREMEM: estudio de la adaptación a otras aplicaciones

3.2.1. Adaptación a diferentes aplicaciones tecnológicas

La aplicación del ACV en la escala laboratorio también se puede centrar en la evaluación de potencial de una tecnología. De hecho, en el proyecto INREMEM empleamos el ACV para el estudio del potencial de la membrana reciclada a UF como base para otras aplicaciones como Osmosis Directa, Bio-Reactor de Membrana o electrodialisis. En todos estos casos, estas tecnologías requieren una transformación a UF para cumplir con las exigencias del tratamiento. En este caso ya no se trataría de un *downcycling*, sino, posiblemente de un *upcycling*¹⁶. Debido a la adaptación a aplicaciones que difieren sustancialmente al origen inicial de la membrana de OI y posiblemente con un mayor beneficio ambiental en comparación a la disposición en vertedero de las membranas desechadas de OI.

3.2.2. Evolución de la metodología y refinamiento de la expansión del sistema

3.2.2.1. Problemáticas comunes

En este caso, como en el anteriormente explicado, se usaría el enfoque de sustitución, en el que se consideraría el impacto evitado de la nueva producción del homólogo sustituido. La principal limitación en este sentido es la existencia de inventarios de producción de esas tecnologías de nueva construcción. Se trata de tecnologías más incipientes que las tecnologías de filtración por membrana mediante gradiente de presión, antes comentadas (OI, NF y UF), que están ampliamente introducidas en el mercado y que se enmarcan dentro de la normalidad industrial para el tratamiento de agua. Es por ello que tienen un mayor tiempo de estudio y, por tanto, las probabilidades de que haya un ACV de su fabricación es mayor.

3.2.2.2. Evolución de factores y ratios de compensación

Otro reto en este proyecto asociado a la diversidad tecnológica estudiada es el diseño de los factores a incluir en el cálculo del ratio de compensación. Por una parte tendríamos dos factores antes mencionados básicos: vida útil y superficie. Además hay que incluir otros aspectos propios de la tecnología como la

16. *Upcycling* (opuesto al *downcycling*) se trata del reciclaje de un residuo a un producto con igual o más valor que el original. El origen se relaciona con la reutilización de residuos con fines artísticos. Sin embargo, su uso se está extendiendo a sectores tecnológicos.

selectividad o los retroflujos¹⁷. Por otro lado, de cara a estudiar todas las implicaciones de introducir productos reciclados, en sustitución de los comerciales es interesante no solo el uso de este ratio sino la perspectiva de ciclo de vida. Este concepto se profundizará más adelante en el apartado 4.3 de este capítulo.

3.2.3. Análisis comparativo de modificaciones de la membrana para la misma aplicación

El ACV también puede ser útil en el estudio de alternativas de tratamiento. Para una misma aplicación pueden existir diferentes tratamientos que se le apliquen a la membrana para adaptarla. El ACV permite en este caso estudiar las implicaciones ambientales de cada alternativa. Un ejemplo podría ser el uso del Catecol para la modificación de las membranas recicladas de UF. El objetivo de introducir este compuesto es mejorar la resistencia ante el ensuciamiento orgánico de estas membranas para aplicarlas en procesos de tratamiento de agua residual (Bio-Reactores de membrana). De hecho, existe una alternativa *bio-based* del catecol¹⁸, con un impacto menor en su fabricación (Montarezi, M., et al., 2016).

4. EL RECICLAJE EN ESCALA PILOTO: *LIFE CYCLE THINKING* INTRODUCTION

4.1. Oportunidades de la escala piloto sobre la escala laboratorio

De la inmersión de los recortes de membrana sumergidos en la solución clorita nos trasladamos a la modificación de módulos enteros (membranas con enrollamiento en espiral de un metro de longitud y 20 centímetros de diámetro que albergan 35-37 m² de superficie activa). La escala piloto ya exige el diseño de los mismos, la definición de procesos, la selección de los químicos, los equipos y los protocolos. Es en este punto, donde los inventarios empiezan a tener unas bases más certeras y reales. Donde la tecnología se aproxima en mayor medida a lo que será en una escala industrial.

Sin embargo, la cuantificación directa de estos aunque, en ocasiones más real que la realizada a escala laboratorio puede seguir teniendo cierta incertidumbre. Esta distorsión está relacionada con los rendimientos de escala¹⁹ que dependen de proceso y tecnología. Aunque ligeramente distorsionada, se trata

17. El retroflujo, en el caso de la Osmosis Directa, es el paso de agua en sentido opuesto al flujo principal generado por el gradiente osmótico.

18. Un material *bio-based* es un material fabricado a partir de sustancias derivadas de organismos vivos. El objetivo principal de estos es sustituir a materiales de origen fósil.

19. Por ejemplo, en el caso del bombeo, la energía consumida por metro cúbico bombeado a la misma altura es mayor si bombeas menos cantidad. Es decir, existe un rendimiento creciente de escala. Un escalado tendría un menor impacto asociado al menor consumo de energía.

de una etapa donde se puede estudiar el comportamiento ambiental en función de variables de la materia. Así también permite la identificación de impactos importantes, como emisiones fugitivas o tratamientos adicionales en el efluente debido a la formación de organoclorados.

4.2. Divergencias en el escalado

Dentro del proyecto LIFE-TRANSFOMEM nos encontramos una dicotomía que parece ser común. El reciclaje de membranas desechadas de OI es técnicamente viable empleando metodologías diferentes. Por un lado, un sistema dinámico o activo en el que la solución oxidante se recircula por el interior del módulo; y por otro lado, un sistema pasivo que se basa en la inmersión del módulo en el tanque con la solución clorita. Los resultados indican que no existen diferencias técnicas entre los módulos transformados con uno u otro sistema (TERRERO, P. et al., 2017). Es en este tipo de casos donde el ACV puede tener un factor importante en la toma de decisión de que prototipo escalar. El ACV es una herramienta interesante para comparar los impactos ambientales de cada piloto e identificar sus respectivos *hot spots*²⁰. El principal objetivo es entender los impactos asociados a cada punto y estudiar las alternativas para reducirlos en un futuro escalado. Este objetivo va en consonancia con todos los objetivos de la economía circular para reducir los impactos ambientales desde el diseño (EEA, 2016). En el caso del proyecto LIFE-TRANSFOMEM, los pilotos no fueron diseñados teniendo en cuenta todas las cuestiones ambientales necesarias. De hecho, por lo general, se trata de una escala de prueba concepto. Sin embargo, puede ser la base para prevenir el impacto de un nuevo sector, como se explicará en siguientes puntos. Algunas de las propuestas realizadas en torno a los pilotos, son cambios en el protocolo de las limpiezas o la mejora del hermetismo para evitar emisiones difusas que se han identificado como un potencial impacto (principalmente a causa del alto grado de degradación de la capa de ozono).

4.3. Enfoque de ciclo de vida en los productos reciclados

Uno de los análisis más interesantes a realizar es el estudio del comportamiento de los nuevos productos reciclados y de sus implicaciones ambientales. Es decir, las diferentes propiedades técnicas no están solo asociadas a cierta equivalencia con el producto homólogo de nueva construcción como en el enfoque de expansión del sistema y sustitución. Además, existen impactos asociados a estas propiedades técnicas diferentes como el consumo energético de las membranas. Es por ejemplo, el caso de la permeabilidad. Las permeabilidades más bajas de las membranas comerciales pueden exigir que para el mismo

20. *Hot spot* (o punto caliente) se refiere a los procesos o flujos que más peso tienen sobre el impacto ambiental.

caudal de efluente sea necesario elevar ligeramente las presiones y por tanto incrementar el consumo energético con los costes económicos y ambientales que ello implica. Esta perspectiva, aunque preliminar en nuestro estudio concreto, puede ofrecernos una información muy interesante. Podemos definir, con más concreción que tipo de actividades o sectores pueden ser los objetivos de nuestras membranas no solo por un criterio técnico o económico, sino también ambiental. Esta perspectiva iría más en consonancia con los principios de la Directiva Marco de Residuos (2008/98/EC) como el *Life Cycle Thinking* que se refiere a la evaluación holística de todo el producto. En nuestro caso la evaluación de la membrana reciclada para la nueva aplicación.

5. EL ANÁLISIS DE CICLO DE VIDA EN LA TOMA DE DECISIONES MACRO, EJECUTIVAS Y LEGISLATIVAS: PERSPECTIVAS DE IMPLEMENTACIÓN

5.1. Propuesta de documento BREF para un nuevo sector

Los documentos de referencia-BREF definen las Mejores Tecnologías Disponibles (MTD)²¹ para cada sector. El origen de estas definiciones es de la antigua Directiva de Prevención y Control Integrados de la Contaminación (2008/1/CE) ahora incluida dentro de la Directiva de Emisiones Industriales (2010/75/UE) (EC, 2010). Es interesante anotar el uso de un poco definido ACV dentro del Documento de Referencia del 2006: *Economics and Cross-Media effects* para el estudio económico y de los efectos medioambientales, asociado a la antigua directiva (JRC, 2016).

Dentro del proyecto LIFE-TRANSFOMEM, uno de los objetivos definidos es la propuesta de MTD basada en el resultado del ACV. Aunque las MTD se definen, para actividades industriales implementadas y en base al estudio de su aplicación a gran escala, parece interesante realizar una propuesta para nuevos sectores del reciclado con el objetivo de asegurar unas correctas prácticas y el balance ambiental estudiado.

5.2. Apoyo a problemas logísticos y definición de los principios de un programa de reciclado

Un punto crítico de la gestión de residuos es el peso del transporte en el impacto ambiental. El ACV puede servir para ayudar a la toma de decisión sobre la ubicación de una planta y/o apoyar decisiones logísticas cuantificando los transportes y los impactos asociados. Este tipo de cálculos está basado en la cuantificación del transporte mediante un Sistema de Información Geográfi-

21. Mejor Tecnología Disponible (MTD) se podría definir como la técnica económicamente y técnicamente viable a gran escala que permite alcanzar un alto nivel de protección del medio ambiente en su conjunto.

co (SIG). Los principales intereses son evaluar donde está el límite donde los créditos ambientales del reciclado compensan el impacto del transporte o la búsqueda de mantener las máximas ganancias ambientales reduciendo el transporte. Un estudio del impacto asociado al transporte desde el origen (desalinizadoras) a la planta de reciclaje y de esta a los consumidores de nuevo producto (E.D.A.R.s²² y E.R.A.R.s²³) es otro de los objetivos marcados dentro del proyecto.

Un ejemplo real de la aplicación del ACV en este tipo de objetivos que merece la pena mencionar es su uso en la revisión del programa de gestión de residuos industriales de Catalunya (PROCRIC). En el artículo de *FULLANA I PALMER. P., et al.* (2011) describe como introdujeron el enfoque de *Life Cycle Thinking* en la gestión de programas, acercándose así al denominado *Life Cycle Management*²⁴ (LCM-Gestión de ciclo de vida). En el citado estudio se analizaban diferentes alternativas de gestión de solvente desechados. Estudiaban los escenarios basándose en dos factores i) la alternativa de gestión: recuperación de solvente, la recuperación energética o disposición en vertedero; ii) con el factor de proximidad (dentro o fuera de Cataluña), con el objetivo de estudiar si era preferible gestionar los residuos fuera del territorio autonómico si la forma de gestión era más beneficiosa para el medio ambiente. Las conclusiones están en consonancia con los principios de proximidad y suficiencia de la Directiva Marco de Residuos.

5.3. Estudio de las consecuencias ambientales de la implantación de un sistema de reciclado

Cómo último escalón de cara a la implementación final de un sistema de reciclaje será interesante estudiar las consecuencias a otros niveles, antes no mencionados. Se trata de incluir las consecuencias derivadas de reducciones de demanda de otros productos como los sustituidos, de incrementos de la demanda en algunas materias y de cómo los equilibrios parciales de mercado se van configurando con este nuevo actor económico: sistema de reciclaje directo.

Durante todo este capítulo se ha estado hablando del ACV como sistema de soporte a la decisión a escalas micro. Según la ILCD para ese tipo de caso el enfoque de modelado atribucional es el adecuado. Es decir, la modelización de hechos medibles conocidos o conocibles. Sin embargo, es posible la integración de consecuencias y de otro tipo de variables como son las respuestas de mercado a un nuevo actor económico o los cambios consecuencia de un cambio

22. E.D.A.R. - Estación depuradora de aguas residuales - Existen depuradoras con un sistema terciario donde se podrían usar membranas de UF.

23. E.R.A.R. - Estación regeneradora de aguas residuales-Se trata de una E.D.A.R con un tratamiento terciario (igual que nota anterior) para reutilizar el agua en otra actividad como por ej.: el riego

24. *Life Cycle Management* (LCM) o gestión de ciclo de vida es la denominación que se le da a la introducción de los principios de *Life Cycle Thinking* en las tomas de decisiones de las organizaciones o programas.

en la legislación. Este sistema se denomina consecuencial y es el recomendado para este tipo de escenarios macro donde lo que se quiere evaluar, es precisamente ese tipo de consecuencias. Incluye incertidumbres adicionales al sistema atribucional debido a las suposiciones y asunciones de la estimación de respuestas y consecuencias. Actualmente, existe una discusión sobre este tipo de conceptos y sobre si este sistema debería de ser utilizado y recomendado en una escala micro (JRC, 2010; Ekwall, T. et al 2016). Sin embargo no es objeto del presente.

Asociado a nuestro caso se pueden evaluar las implicaciones ambientales mediante un ACV consecuencial de la de apertura de un nuevo mercado de producto reciclados, cambios en la legislación en relación a la implementación de un sistema de reciclado en España o Europa, etc. Las conclusiones de estos estudios serían una base sólida para aplicar el artículo 8 de la Directiva Marco de Residuos sobre la responsabilidad extendida mediante el cual el productor tiene la responsabilidad de todo el ciclo de vida. De este artículo se desprende por una parte i) la obligación de los productores la responsabilidad de gestión de los residuos y la responsabilidad financiera²⁵; y ii) el poder de los estados miembros en relación a adoptar medidas legislativas y no legislativas²⁶ para asegurar la valorización. Acercando el sector de la tecnología de membrana y la desalación a la economía circular.

6. CONCLUSIONES

— La herramienta de análisis de ciclo de vida junto a la perspectiva de ciclo de vida o *Life-Cycle Thinking* son herramientas poderosas en la transición hacia la economía circular.

— El análisis de ciclo de vida es un sistema de soporte a la decisión versátil que puede integrarse en gran cantidad de puntos críticos en el desarrollo de reciclajes innovadores bajo los estándares del *International Life Cycle Data System*.

— En cuanto a la evaluación del impacto o beneficio ambiental de un reciclaje puede existir un déficit de información en cuanto a la cuantificación del beneficio ambiental del reciclaje, debido a la falta de información o inventarios de ciclo de vida del producto con el que se realiza la comparación y/o al que sustituye bajo el enfoque de expansión de sistema recomendado por las referencias del *International Life Cycle Data System*.

7. AGRADECIMIENTOS

Al proyecto TRANSFOMEM por facilitar datos experimentales del proceso de reciclaje de membranas. Este proyecto está co-financiado por la Comunidad Europea a través del instrumento financiero LIFE+, con el contrato n. LIFE13 ENV/

25. Artículo 8.1 de la Directiva Marco de Residuos (2008/98/EC)

26. Artículo 8.2 de la Directiva Marco de Residuos (2008/98/EC)

ES/000751. Al proyecto IREMEM -CTM2015-65348-C2-1-R (MINECO/FEDER) por la financiación de este estudio. Este proyecto está financiado por Ministerio de Economía Competitividad e Industria

8. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- EKVALL, T. et al (2016): «Attributional and consequential LCA in the ILCD handbook». *International Journal of Life Cycle Assessment*, 21, pp 293-296
- ELLEN MACARTHUR FOUNDATION (EMF) (2012): *Towards the Circular Economy: Economic and Business Rationale for an Accelerated Transition* (No. vol. 1). Disponible en: www.ellenmacarthurfoundation.org
- EUROPEAN COMMISSION - JOINT RESEARCH CENTER (JRC), (2006): *Integrated Pollution Prevention and Control Reference Document on Economics and Cross-Media Effects*, Spain.
- EUROPEAN COMMISSION - JOINT RESEARCH CENTRE - INSTITUTE FOR ENVIRONMENT AND SUSTAINABILITY (JRC) (2010): *International Reference Life Cycle Data System (ILCD) Handbook - General guide for Life Cycle Assessment - Detailed guidance*. Luxembourg. Publications Office of the European Union; 2010.
- EUROPEAN COMMISSION (EC), (2015): *Closing the Loop - An EU Action Plan for the Circular Economy* (Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. No. COM (2015) 614 Final). EUROPEAN COMMISSION, Directorate-General for the Environment.
- EUROPEAN COMMISSION (EC), (2018): *A monitoring framework for the circular economy* (Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. No. COM (2018) 29 Final). EUROPEAN COMMISSION, Directorate-General for the Environment.
- EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY (EEA) (2016): *Circular economy in Europe Developing the knowledge base*. Luxembourg.
- EUROPEAN PARLIAMENT AND COUNCIL (EPC) (2008): Council Directive 2008/98/EC on waste and repealing certain Directives Official J. L312 (3).
- EUROPEAN PARLIAMENT AND COUNCIL (EPC) (2010): Council Directive 2010/75/EU on industrial emissions (integrated pollution prevention and control) (Recast). Official J. L334 (17).
- FULLANA I PALMER, P. et al. (2011): «From life cycle assessment to life cycle management: A case study on industrial waste management policy making». *Journal of Industrial Ecology*, 15(3), pp. 458-475.
- GARCÍA-PACHECO, R. (2017): *Nanofiltration and ultrafiltration membranes from end-of-life reverse osmosis membranes. A study of recycling*. Alcalá de Henares pp. 43-46.
- GARCÍA-PACHECO, R. et al. (2015): «Transformation of end-of-life RO membranes into NF and UF membranes: Evaluation of membrane performance» *Journal of Membrane Science*, 495, pp.305-315. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.memsci.2015.08.025>.

- INTERNATIONAL DESALINATION ASSOCIATION (IDA) (2016): *IDA Desalination Yearbook 2015-2016*, Oxford. ISBN: 978-I-907467-40-0.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO) (2006a): *International Standard ISO 14040: 2006. Environmental Management - Life Cycle Assessment- Principles and Framework*, Geneva, Switzerland.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO) (2006b): *International Standard ISO 14044: 2006. Environmental Management - Life Cycle Assessment - Requirements and guidelines*, Geneva, Switzerland.
- JIANG, S., LI, Y. & LADEWIG, B.P. (2017): A review of reverse osmosis membrane fouling and control strategies. *Science of the Total Environment*, 595, pp. 567-583.
- JUDD, S.J. (2017): «Membrane technology costs and me» *Water Research*, 122, pp. 1-9
- LANDABURU-AGUIRRE, J. et al. (2016): «Fouling prevention, preparing for re-use and membrane recycling. Towards circular economy in RO desalination». *Desalination*, 393, pp. 16-30. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.desal.2016.04.002>.
- LAWLER, W. et al. (2015): «Comparative life cycle assessment of end-of-life options for reverse osmosis membranes». *Desalination*, 357, pp. 45-54. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.desal.2014.10.013>.
- MOLINA, V.G. & CASAÑAS, A. (2010): «Reverse osmosis, a key technology in combating water scarcity in Spain». *Desalination*, 250 (3), pp. 950-955.
- MOLLINA, S. (2013): *Preparación de membranas porosas a partir de poliamidas aromáticas hidrofílicas. Estudios de aplicación en operaciones de ultrafiltración y pervaporación*. Madrid. p. 69.
- MONTAZERI, M. & ECKELMAN, M.J. (2016) «Life Cycle Assessment of Catechols from Lignin Depolymerization». *ACS Sustainable Chemistry and Engineering*, 4, pp.708-718.
- PEÑA, N. et al. (2013): «A study of the physical and chemical damage on reverse» *Proceedings of the IDAWC'13*, Tian- jin, pp 20-25 October, 2013.
- TERRERO, P. et al. (2017): «Transformation of end-of-life RO membranes into recycled NF and UF membranes, surface characterization» *IDA World Congress 2015*, 495, pp. 305-315.

Capítulo 21

ANÁLISIS DEL CICLO DE VIDA EN EL SECTOR DE LA ENERGÍA: HERRAMIENTAS PARA LA TOMA DE DECISIONES

Cristina de la Rúa Lope

Investigadora y docente

Chair of Renewable and Sustainable Energy Systems

Technical University of Munich

SUMARIO: 1. Energía y desarrollo. 2. Políticas hacia el desarrollo sostenible. 3. Herramientas para la sostenibilidad. 3.1 Análisis de Ciclo de Vida. 3.2 Análisis *Input-Output*. 4. Conclusiones

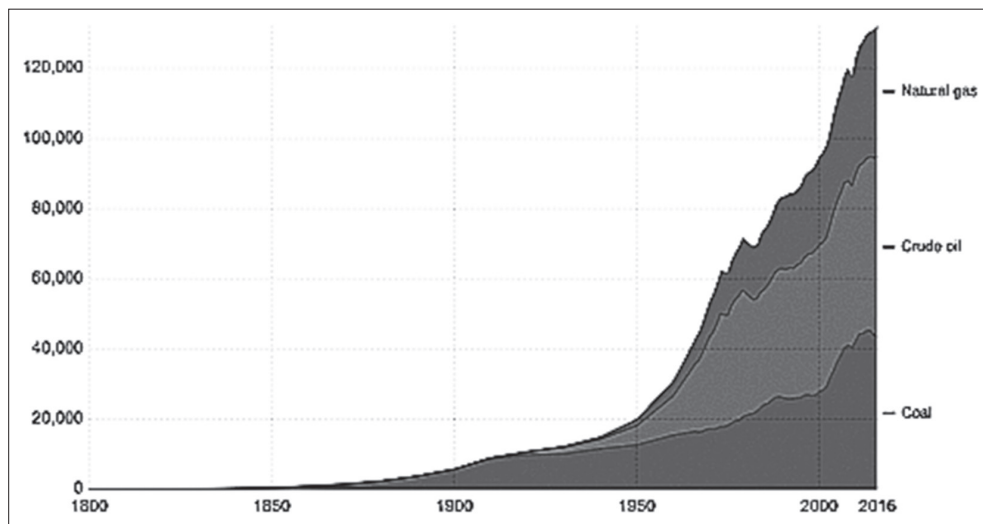
1. ENERGÍA Y DESARROLLO

Históricamente el desarrollo de una región se ha cuantificado en términos de crecimiento económico. Las regiones más desarrolladas producían los bienes y servicios con mayor valor en el mercado, aumentando el producto interior bruto. Este desarrollo ha estado íntimamente ligado a la energía. Esta ha sido fuente de desarrollo desde el inicio de la humanidad, donde el descubrimiento del fuego abrió un abanico de posibilidades para sobrevivir y para aumentar el clan.

Remontándonos a tiempos más cercanos, fue en la revolución industrial, durante la segunda mitad del siglo XVIII cuando la energía supuso un cambio drástico en el desarrollo tecnológico y económico de los países industrializados. La invención de la máquina de vapor de James Watt supuso un cambio exponencial en la capacidad de producción de las industrias. Este aumento se vio reforzado con la explotación y uso del carbón. La principal fuente de energía hasta entonces era la leña, pero a finales del siglo XIX el carbón se convirtió en el

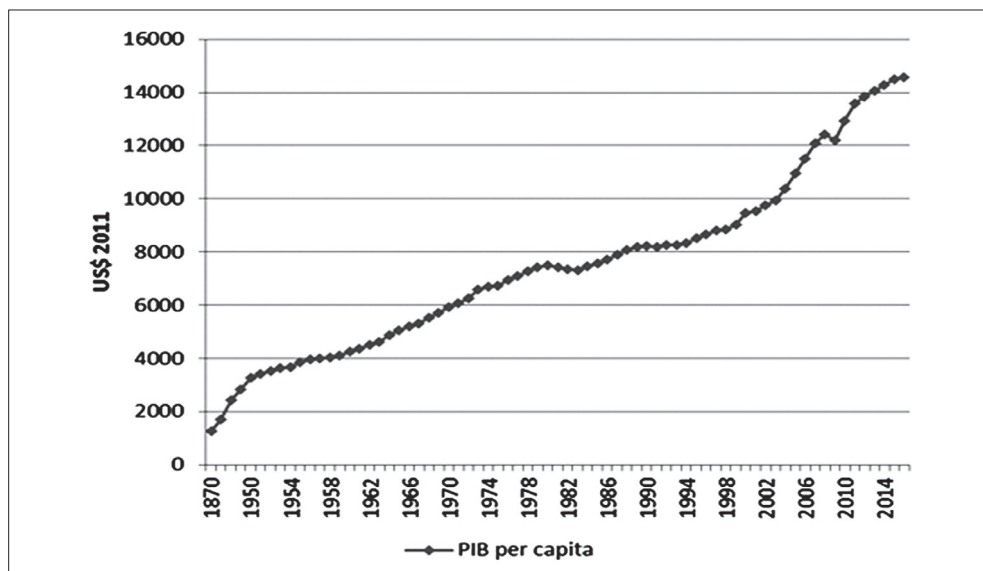
combustible principal, seguido medio siglo después por el petróleo y el gas natural. La siguiente figura muestra el consumo a nivel global de los distintos combustibles fósiles en los últimos dos siglos.

Figura 1: Consumo global de combustibles fósiles (TWh).



Fuente: Extraído de HANNAH RITCHIE AND MAX ROSER (2017) con datos de VACLAV SMIL (2017).

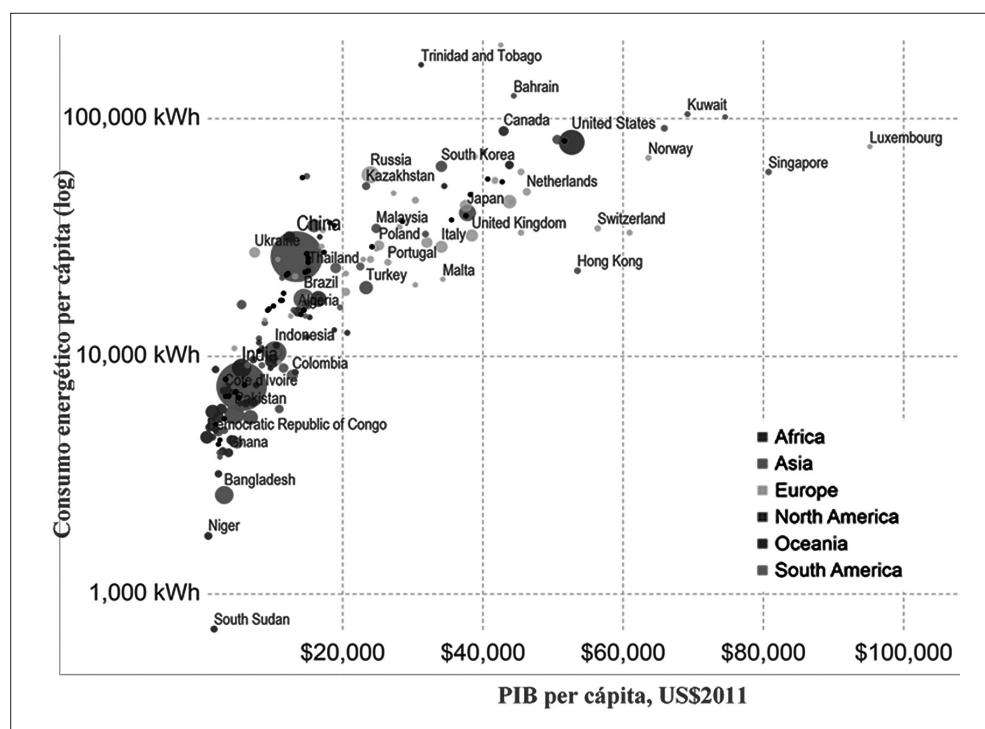
Figura 2: Producto Interior Bruto global per capita (US\$2011).



Fuente: Maddison Project Database

El aumento del Producto Interior Bruto (PIB), uno de los indicadores clásicos de desarrollo económico, está correlacionado con el aumento del consumo energético. Los países con bajo PIB per cápita tienen asociados un consumo energético bajo. En las primeras etapas de desarrollo económico, el crecimiento del PIB per cápita se asocia a un crecimiento aún mayor de la demanda energética. Sin embargo, pasado un límite de PIB per cápita, la tasa de cambio de la demanda energética es cada vez menor. Estos efectos se observan en la siguiente figura, que muestra la relación entre consumo energético per cápita y el PIB per cápita de distintos países en 2015. Los distintos colores muestran el continente al que pertenece cada país, mientras que el tamaño del círculo indica la población.

Figura 3: Consumo energético per cápita vs. PIB per cápita, 2015

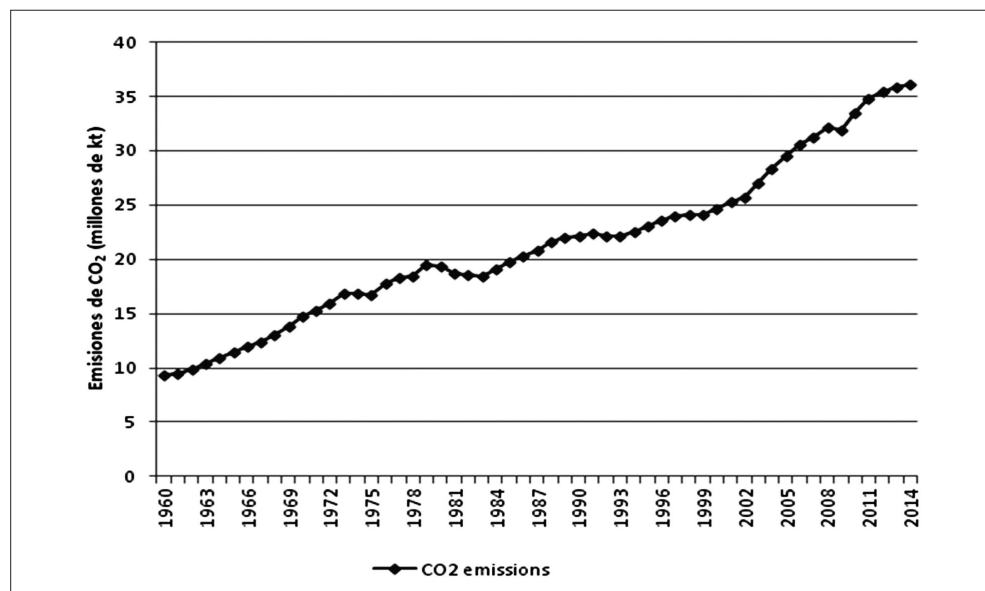


Fuente: extraído de <https://ourworldindata.org> con datos de IEA Statistics OECD/IEA 2014 (<http://www.iea.org/stats/index.asp>).

El nexa energía y crecimiento económico se ha estudiado en numerosas ocasiones. Ayres y Warr (2009) analizaron la relación del uso de los recursos naturales y energéticos en el crecimiento económico y dada su importancia, propusieron un modelo económico que incluye relaciones termodinámicas para incorporar la relevancia de los materiales y de la energía en la teoría neoclásica del crecimiento económico.

Durante lustros, los recursos energéticos estuvieron disponibles para los países industrializados. Sin embargo, las distintas crisis energéticas, la primera de ellas en 1973, evidenciaron la importancia de la eficiencia en el consumo energético dado el carácter finito de estos recursos. Además, el consumo de combustibles fósiles desde la revolución industrial disparó las concentraciones de CO₂ y otros gases de efecto invernadero potenciadores del cambio climático, como se ve en la siguiente figura.

Figura 4: Emisiones de CO₂ global



Fuente: World Bank Data <https://data.worldbank.org/indicator/EN.ATM.CO2E.KT>

El desarrollo económico y el incremento del uso de combustibles fósiles han causado numerosos impactos tales como la sobreexplotación de recursos naturales y limitados, la contaminación de ecosistemas así como la generación de desigualdades e injusticias sociales en muchos lugares del mundo. Este tipo de desarrollo no ha tenido en cuenta los aspectos ambientales o sociales.

Actualmente, 1200 millones de personas no tienen acceso a electricidad. Existen ya más hogares con teléfono móvil que con electricidad en el mundo. Además de la falta de acceso a la electricidad, existen 2700 millones de personas en el mundo que cocinan con leña en lugares no adecuados o con cocinas no adecuadas (IEA and World Bank, 2017). Se estima que hay más de 4 millones de muertes prematuras anuales debidas a la contaminación del aire en hogares que utilizan combustibles fósiles para cocinar. Incrementar el acceso a energía limpia y asequible a las personas que actualmente se encuentran en esta situación supondrá un gran avance en su calidad de vida y un cambio en la situación de pobreza en la que muchos de ellos se encuentran actualmente.

La relación entre el desarrollo económico y la energía no es unidireccional. El acceso a la energía puede desencadenar también muchos impactos positivos que es necesario tener en cuenta. El acceso a la energía es un factor relevante para el desarrollo de cualquier región. Los servicios energéticos modernos permiten a la sociedad satisfacer necesidades básicas, como tener un lugar adecuado donde vivir o cocinar y conservar de manera segura los alimentos. Además contribuyen a la mejora de la educación o de sanidad y pueden facilitar la generación de pequeñas empresas o industrias, con un efecto multiplicador en la creación de empleo y actividad económica.

Las acciones futuras para mejorar esta situación deben apoyarse en estudios que identifiquen los potenciales impactos negativos y positivos, para poder aplicar medidas, tanto de diseño como políticas y asegurar así el éxito de estas acciones y la consecución de sus objetivos.

2. POLÍTICAS HACIA EL DESARROLLO SOSTENIBLE

El informe Brundtland, publicado en 1987, definió, por primera vez, el concepto de desarrollo sostenible, siendo aquel que «satisface las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades».

El desarrollo sostenible se basa en el equilibrio de tres pilares fundamentales: la economía, la sociedad y el medio ambiente. Mediante este desarrollo, la sociedad podrá vivir de un modo justo, con una repartición equitativa de la riqueza económica que genera, utilizando eficientemente los recursos naturales, y manteniendo un buen estado de salud, puesto que conserva el medio ambiente adecuadamente.

La transición de un desarrollo económico a un desarrollo sostenible tiene que ser consecuencia de un cambio en la sociedad, donde cada ciudadano sea consciente de los impactos, tanto positivos como negativos, que sus elecciones diarias generan. Además, esta conciencia social debe ir acompañada por medidas de apoyo al cambio y políticas que fomenten los impactos positivos y minimicen los impactos negativos.

Con el propósito de integrar la dimensión medioambiental en las políticas europeas, la Unión Europea adoptó en 2001 La Estrategia a Favor del Desarrollo Sostenible, que combina políticas para el desarrollo sostenible desde el punto de vista medioambiental, económico y social, con el fin de mejorar de forma sostenible el bienestar y las condiciones de vida de las generaciones presentes y futuras.

El objetivo de esta estrategia es influir en el comportamiento del conjunto de la sociedad a través de la opinión pública y los responsables políticos y poner a disposición de éstos las herramientas necesarias para alcanzar el desarrollo sostenible de la sociedad.

Dentro de esta estrategia, se identificaron siete desafíos para los que se definieron unos objetivos y diversas medidas para alcanzarlos:

- Luchar contra el cambio climático y sus efectos: se proponen medidas de eficiencia energética, promoción de energías renovables, respetar los compromisos del protocolo de Kioto, etc.
- Limitar los efectos negativos de los transportes y los desequilibrios regionales mediante el fomento de transportes alternativos, combustibles y vehículos menos contaminantes y más eficientes, etc.
- Promover modos de producción y consumo más sostenibles mediante el fomento de la contratación pública ecológica, la innovación y el desarrollo, el etiquetado adecuado de productos y servicios, etc.
- Gestión sostenible de los recursos naturales, evitando la sobreexplotación, aumentando la eficiencia de su uso y valorando los servicios ecosistémicos.
- Minimizar los riesgos para la salud pública, garantizando la seguridad y la calidad de los productos de la cadena alimentaria. Los riesgos para la salud y el medio ambiente debido a los productos químicos se eliminarán para el año 2020.
- Luchar contra la exclusión social y la pobreza, mejorando el bienestar de las familias, asegurando la igualdad entre todos los ciudadanos.
- Luchar contra la pobreza en el mundo y el desarrollo sostenible mundial, reforzando las políticas de apoyo al desarrollo y fomentando medidas para mejorar la gobernanza internacional.

Ninguno de los desafíos menciona directamente la energía pero la energía está presente indirectamente en todos ellos. Estos desafíos están ligados a los Objetivos de Desarrollo del Milenio¹, establecidos por Naciones Unidas en el año 2000:

- Objetivo 1: Erradicar la pobreza extrema y el hambre
- Objetivo 2: Lograr la enseñanza primaria universal
- Objetivo 3: Promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer
- Objetivo 4: Reducir la mortalidad infantil
- Objetivo 5: Mejorar la salud materna
- Objetivo 6: Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades
- Objetivo 7: Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente
- Objetivo 8: Fomentar una asociación mundial para el desarrollo

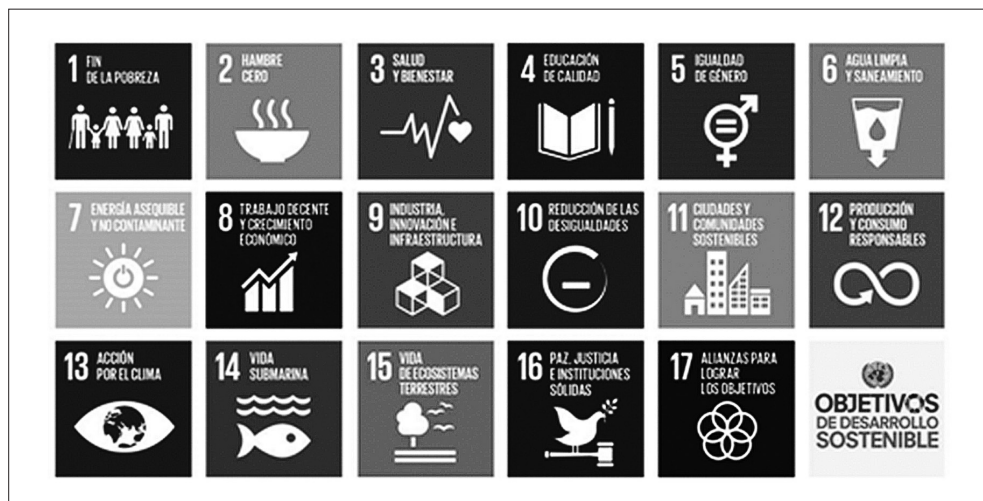
Los objetivos incluyeron diversas medidas e indicadores con el objetivo de alcanzar las distintas metas en el año 2015. Sin embargo, tampoco se definió un objetivo específico para la energía.

En enero de 2016 se puso en marcha el programa de Objetivos de Desarrollo Sostenible, basándose en los Objetivos de Desarrollo del Milenio, pero ampliando su enfoque. Es aquí donde la importancia de la energía para el desarrollo de

1. <http://www.un.org/millenniumgoals/>

la sociedad es reconocida y aparece como un objetivo a alcanzar. La siguiente figura muestra los 17 objetivos actuales.

Figura 5: Objetivos de desarrollo sostenible



Fuente: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

El objetivo 7 pretende garantizar el acceso universal a electricidad asequible para 2030. Para ello, se fomentará la inversión en fuentes de energía limpia y renovable.

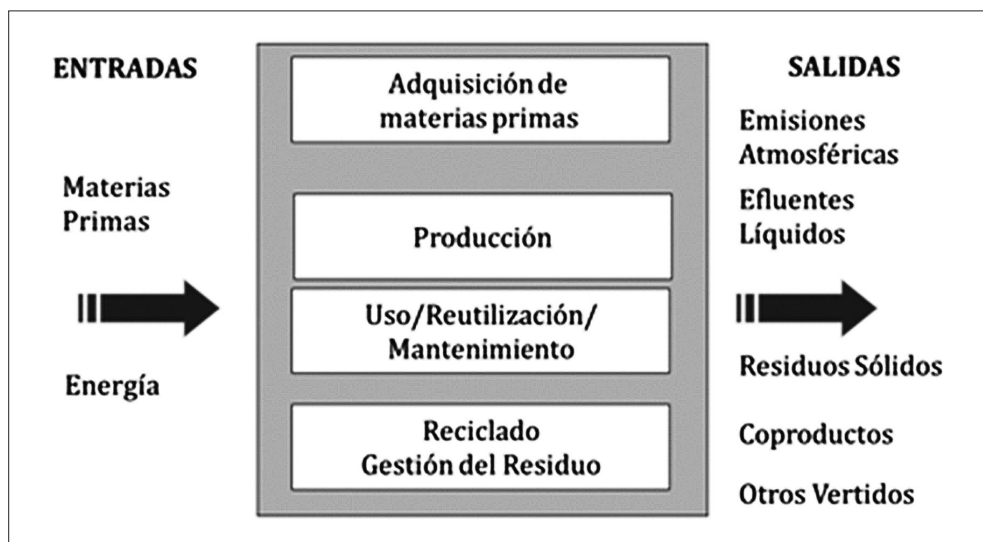
3. HERRAMIENTAS PARA LA SOSTENIBILIDAD

Cualquier proyecto energético, que se quiera desarrollar incorporando el concepto de sostenibilidad, requeriría de una cuantificación de los potenciales impactos ambientales y sociales, así como un análisis sobre los posibles beneficios socio-económicos para la región. Para poder estimar estos efectos, es necesario contar con herramientas que permitan analizarlos. A continuación veremos algunas de las herramientas que se utilizan actualmente, tanto por empresas como por decisores políticos.

3.1. Análisis de Ciclo de Vida

El Análisis de Ciclo de Vida (ACV) es una metodología que permite evaluar los potenciales impactos asociados con un bien o servicio a lo largo de todas las etapas de su vida, desde la extracción de las materias primas, el transporte, la producción, su uso y la gestión final de los residuos, como muestra el siguiente esquema.

Figura 6: Diagrama simplificado de las etapas del ciclo de vida.



El ACV se realiza siguiendo las normas ISO 14040:2006 y 14044:2006, en donde se distinguen las siguientes etapas:

1. **Objetivo y alcance:** describe el contexto del estudio, cuál es el uso que se hará del mismo y a qué audiencia está dirigido. En esta etapa es necesario documentar los métodos de evaluación de impacto que se utilizarán, las limitaciones y las hipótesis que se asumirán. Se tendrá en cuenta también la obtención de co-productos y el tratamiento que se dará a éstos. Además, se definirá la unidad funcional del sistema, que servirá de referencia para recoger los datos y presentar los resultados, así como los límites del sistema a analizar.
2. **Análisis del Inventario:** en esta etapa se recopilarán todos los datos necesarios teniendo en cuenta el objetivo y el alcance previamente definidos. Se distinguen dos tipos de datos:
 - a. **Datos primarios:** describen los flujos directamente relacionados con los procesos que se analizan. Se recomienda en estos casos el uso y recogida de datos específicos, por ejemplo, medidas directas de emisión.
 - b. **Datos secundarios:** describen flujos relacionados indirectamente con los procesos que se analizan, como procesos de la cadena de suministro. En estos casos, se pueden usar datos proporcionados por bases de datos de análisis de ciclo de vida. Es importante seleccionar adecuadamente los datos, de modo que sean tecnológica —temporal— y geográficamente representativos.

El Análisis del Inventario proporcionará una lista con todas las entradas y salidas de la naturaleza hacia el sistema y viceversa.

3. Evaluación de los Impactos: en esta etapa, a partir de los datos obtenidos en el inventario, se evalúa la importancia de los impactos medioambientales potenciales. Dentro de esta evaluación se distinguen 4 etapas, dos de ellas obligatorias —clasificación y caracterización— y dos de ellas opcionales —normalización y ponderación.

En la clasificación, los datos obtenidos en el inventario, referidos a flujos de entradas y salidas, se clasifican por categorías de impacto, teniendo en cuenta cuáles son los impactos que potencialmente pueden causar. Algunas de estas categorías son: cambio climático, acidificación, toxicidad humana, etc. Una vez clasificados, los flujos se convierten en impactos. Esta etapa se conoce como caracterización, en la que los flujos asignados a una categoría particular se cuantifican utilizando una unidad común para esa categoría, a través de factores de caracterización.

Son muchos los estudios de ACV que concluyen con la etapa de caracterización, ya que ésta se percibe como la más consistente desde una perspectiva científica. Al normalizar, los resultados obtenidos de la caracterización se comparan utilizando una referencia, como el impacto total por categoría en la región de interés o el impacto total generado por una persona en un año.

Por último, los impactos ambientales se pueden ponderar, dando más peso a unos respecto a otros, de modo que puedan sumarse y así obtener un resultado final total. Para ello se utilizan factores de peso, que pueden referirse a regiones, haber sido calculados por paneles de expertos, comunidades educativas o ciudadanos comunes.

Cuando los estudios se refieren a comparaciones asertivas entre distintos productos o servicios y van dirigidos a cualquier público, las normas ISO no recomiendan la normalización ni la ponderación.

4. Interpretación: en esta última etapa se interpretan los resultados teniendo en cuenta los objetivos y alcance definidos, las limitaciones y las hipótesis, etc. Para comprobar la robustez de las conclusiones e identificar factores claves del sistema analizado, se pueden realizar análisis de sensibilidad. Además, permitirá generar recomendaciones y áreas de mejora futuras para el sistema.

La realización de un ACV es un proceso complejo. Por ello, se hace necesario el uso de bases de datos especializadas en ACV, que proporcionan flujos y procesos metodológicamente aceptados. Asimismo, son muchos los softwares que se utilizan para realizar un ACV, que facilitan el manejo de los datos y los cálculos de los impactos, alguno de ellos gratuitos. Tal y como muestra la figura anterior, el ACV es un proceso iterativo, en el que se deben revisar los resultados de cada etapa, y cuando sea necesario, volver a las etapas anteriores y modificarlas de modo que se cumplan los objetivos del estudio.

La metodología de ACV se aplica en múltiples áreas y con diversos propósitos. En los últimos años, esta metodología ha sido ampliamente aceptada

dentro de los marcos reguladores y legislativos tanto a nivel europeo como nacional.

Dentro del sector energético, la Directiva 2003/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de mayo de 2003 relativa al fomento del uso de biocarburantes u otros combustibles renovables en el (Comisión Europea, 2003) señalaba al ACV como la metodología a seguir para evaluar las emisiones de gases de efecto invernadero asociados a cada combustible. Esta Directiva fue enmendada y sustituida por la actual Directiva 2009/28/CE que sigue incluyendo el ACV como metodología de análisis de la sostenibilidad de los biocombustibles (Comisión Europea, 2009a). Ese mismo año se aprobó la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía. En ella se indicaban reglas para la mejora del perfil medioambiental de productos relacionados con la energía a través de medidas de ecodiseño (Comisión Europea, 2009b). Para ello, la Directiva propone el uso del ACV para estudiar los potenciales impactos del producto en la fase de diseño del mismo. Muchas de estas indicaciones se aplican diariamente en los productos de nuestra vida cotidiana. Un ejemplo de ello es el etiquetado energético que tienen prácticamente todos los electrodomésticos que podemos tener en nuestras casas. El etiquetado de estos productos viene regulado por la Directiva 2010/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 2010 relativa a la indicación del consumo de energía y otros recursos por parte de los productos relacionados con la energía, mediante el etiquetado y una información normalizada (Comisión Europea, 2010) que aplica un ACV simplificado para estimar los consumos energéticos de los productos. Estos son solo algunos ejemplos sobre políticas. El centro de investigaciones Joint Research Center de la Comisión Europea publicó en 2016 una extensa revisión sobre la aplicación del ACV en las políticas europeas (Sala et al 2016).

3.2. Análisis *Input-Output*

Además de analizar los potenciales impactos ambientales asociados a cualquier tecnología o proyecto energético, es necesario conocer qué efectos puede generar el proyecto también en la economía, en términos de aportación al PIB así como en generación de empleo directo e indirecto.

Una de las herramientas más utilizadas con este fin es el Análisis Input-Output. En 1936, el economista ruso Wassily Leontief (1905-1999) presentó su primer estudio sobre las relaciones entre sectores de la economía de Estados Unidos. Cinco años después publicó su primer libro, «The Structure of the American Economy, 1919-1939» (Leontief, 1941), en el que exponía el análisis input-output, que fue revisado por el autor posteriormente.

Este análisis supuso la introducción del álgebra lineal en el tratamiento de problemas de equilibrio general económico. En el año 1973 Leontief obtuvo el

premio Nobel de Economía por «el desarrollo del método input-output y su aplicación a los más importantes problemas económicos».

La metodología Input-Output ha seguido evolucionando posteriormente gracias a otros economistas como el premio Nobel Richard Stone y al desarrollo de ordenadores con potentes herramientas de cálculo. Asimismo, ha servido para configurar, entre otros, los sistemas de cuentas económicas de la Organización de las Naciones Unidas y de Eurostat, la oficina de estadística de la Unión Europea.

El Análisis Input-Output (AIO) es una herramienta económica que se utiliza para medir los impactos directos e indirectos en la economía asociados a un cambio en la demanda de bienes servicios (Miller and Blair, 2009). Este análisis se basa en la contabilidad de un territorio, tanto nacional como regional, y describe la estructura productiva de esa región a través de los distintos sectores o ramas de actividad que la forman.

La base del AIO son las tablas simétricas input-output, publicadas por organismos públicos como los institutos de estadística, que representan las transacciones económicas de unas ramas de actividad con otras. La siguiente tabla muestra un esquema simplificado de una tabla simétrica input-output.

Tabla 1. Esquema simplificado de una tabla Input-Output.

	Consumo de los sectores				Demanda final Y	Producción total X
Producción de los sectores	1	2	3	n		
1	X_{11}	X_{12}	X_{13}	X_{1n}	Y_1	X_1
2	X_{21}	X_{22}	X_{23}	X_{2n}	Y_2	X_2
3	X_{31}	X_{32}	X_{33}	X_{3n}	Y_3	X_3
n	X_{n1}	X_{n2}	X_{n3}	X_{nn}	Y_n	X_n
Consumo intermedio l	l_1	l_2	l_3	l_n		
Valor añadido	V_1	V_2	V_3	V_n	PIB	
Producción total	X_1	X_2	X_3	X_n		

Las filas describen la distribución de la producción de cada rama de actividad hacia otras ramas, mientras que las columnas muestran los costes de producción, es decir, los recursos que ha consumido cada rama de actividad de otras ramas.

A partir de esta tabla, Leontief definió los coeficientes técnicos de cada rama, que cuantifican las unidades que un sector necesita de otro para producir una unidad de su bien o servicio final. Conociendo estos coeficientes, que se agrupan en la Matriz A de coeficientes técnicos, Leontief desarrolló el Análisis Input-Output:

donde:

$$x = (I - A)^{-1}y$$

- $(I-A)^{-1}$ es la matriz inversa de Leontief que describe los requerimientos directos e indirectos de cada rama por unidad de demanda final
- y es la demanda final, que viene dada por el consumidor final
- x es la producción total en unidades monetarias resultante, de modo que se satisfaga tanto la demanda intermedia (entre sectores) como la demanda final

A través de este análisis, por tanto, se puede estimar cuál será la respuesta económica de una región, en términos de PIB, ante una demanda adicional de bienes y servicios. Esta demanda puede estar asociada a un proyecto, una política de inversiones, planes públicos, etc (TeN Raa, 2005).

El análisis input-output permite estimar la respuesta de todas las ramas de actividad de la economía estudiada ante un cambio en la demanda de bienes y servicios. Los efectos de cualquier cambio se propagarán al resto de ramas de actividad, pues los sectores que satisfacen directamente esa demanda deben ser abastecidos a su vez por otros sectores y éstos por otros y así sucesivamente. Esta propagación se conoce con el nombre de efecto multiplicador, por el que un incremento externo en el consumo, la inversión o el gasto público produce incrementos en la renta nacional de un sistema económico.

La Asociación de Empresas de Energías Renovables (APPA) presentó a finales de 2017 la novena edición de su «Estudio de Impacto Macroeconómico de las Energías Renovables en España» (APPA, 2016), en el que estima los impactos macroeconómicos de las energías renovables en España utilizando el Análisis Input-Output como metodología. Según sus resultados, este sector es un contribuyente fiscal neto para la economía española. El sector aportó 8511 millones de euros al PIB nacional y contribuyó a mejorar la balanza comercial con un saldo exportador neto de 2793 millones. En 2016, el sector de energías renovables empleó, según el informe, a más de 74000 personas (45000 puesto de trabajo directos y 29000 indirectos).

4. CONCLUSIONES

La energía es uno de los elementos principales en la economía. El acceso a la energía es un factor clave para la sociedad. Facilita la creación de tejidos industriales, que generan riqueza económica y empleo, y permiten a la sociedad satisfacer necesidades básicas. La energía contribuye a la mejora de la calidad de vida, facilitando el acceso a la educación o a la sanidad en regiones del mundo más desfavorecidas. Sin embargo, la energía también es responsable de muchos impactos negativos, tanto ambientales como sociales. Con el objetivo de alcanzar un desarrollo sostenible, es necesario contar con herramientas adecuadas que permitan analizar los potenciales impactos ambien-

tales, sociales y económicos, así como los beneficios asociados a distintos sistemas energéticos. Herramientas como el Análisis de Ciclo de Vida y el Análisis Input-Output permiten estimar los potenciales impactos y beneficios asociados a los sistemas energéticos teniendo en cuenta todas las etapas en la cadena de suministro y la interrelación con otros sistemas. Esta información es de gran importancia para la toma de decisiones, tanto a nivel individual como colectivo y, por ello, el uso de estas herramientas se ha extendido en los últimos años, tanto en empresas privadas como en la legislación europea y nacional. La aplicación de estas herramientas requiere gran cantidad de datos específicos que describan el sistema a analizar, lo cual supone un limitación a la hora de realizar estos estudios. Sin embargo, hay cada vez más iniciativas que fomentan la publicación abierta de datos para la realización de estos estudios.

Por último, el ACV es una herramienta clave para el concepto de economía circular, cuyo objetivo es reducir el consumo de materiales y la generación de residuos, cerrando los flujos económicos y ecológicos de los recursos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- APPA (2016) «Estudio del Impacto Macroeconómico de las Energías Renovables en España»
- AYRES, R., & Benjamin, W. (2009) «The economic growth engine. How energy and work drive material prosperity». Cheltenham, UK: Edward Elgar.
- BRUNDTLAND, G. (1987) «Our Common Future the World Commission on Environment and Development». Oxford University Press.
- Comisión Europea (2003) Directiva 2003/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al fomento del uso de biocarburantes u otros combustibles renovables en el transporte.
- Comisión Europea, (2009a) Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables.
- Comisión Europea (2009b) Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se instaure un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía.
- Comisión Europea (2010) Directiva 2010/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 2010 relativa a la indicación del consumo de energía y otros recursos por parte de los productos relacionados con la energía, mediante el etiquetado y una información normalizada
- HANNAH RITCHIE AND MAX ROSER (2017) - «Fossil Fuels». Publicado online en OurWorldInData.org.
- International Energy Agency (IEA) and the World Bank. (2017) «Sustainable Energy for All 2017 - Progress toward Sustainable Energy.» World Bank, Washington, DC. License: Creative Commons Attribution CC BY 3.0 IGO.

- ISO 14040:2006 Gestión ambiental - Análisis del ciclo de vida - Principios y marco de referencia.
- ISO 14044:2006 Gestión ambiental - Análisis del ciclo de vida - Requisitos y directrices
- LEONTIEF, W. (1941). «The Structure of American Economy: 1919-1939» New York, Oxford University Press.
- Maddison Project Database disponible en <https://www.rug.nl/ggdc/historical-development/maddison/releases/maddison-project-database-2018>
- MILLER, R. E., and P. D. Blair, (2009) «Input-Output Analysis: Foundations and Extensions». New Jersey, Prentice-Hall. 2nd Edition
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. <http://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html>
- SALA S., Reale F., Cristobal-Garcia J., Marelli L., Pant R. (2016), «Life cycle assessment for the impact assessment of policies» EUR 28380 EN; doi:10.2788/318544
- TEN RAA, T., (2005). «The Economics of Input-Output Analysis». Cambridge, Cambridge University Press.
- VACLAV SMIL (2017). Energy Transitions: Global and National Perspectives. & BP Statistical Review of World Energy.
- U.S. Energy Information Administration. Annual Energy Review 2009 disponible en <https://www.eia.gov/totalenergy/data/annual/>

Capítulo 22

ANÁLISIS NORMA UNE-ISO 20400:2017. COMPRAS SOSTENIBLES

Rosa Núñez Fernández

Graduada en Ciencias Ambientales

Universidad de Alcalá

Sumario: 1. Introducción. 2. Norma Española UNE-ISO 20400 noviembre de 2017. 3. Definiciones. 4. Fundamentos de la norma. 5. Integración de las compras sostenibles. 6. Organización de la función de compras hacia la sostenibilidad. 7. Medición y mejora del desempeño. 8. Presentación de informes. 9. Integración de la sostenibilidad al proceso de compra. 10. Planificación. 11. Integración de los requisitos de sostenibilidad en las especificaciones

1. INTRODUCCIÓN

Las compras sostenibles son las que tienen el mayor impacto positivo ambiental, social y económico posible durante el ciclo de vida (Andrés, 2017). La norma UNE-ISO 20400 establece las directrices para ayudar a las organizaciones a cumplir con sus responsabilidades respecto a la sostenibilidad, para ello define qué son las compras sostenibles, cuales son los impactos de la sostenibilidad, la política, organización, estrategia, y los procesos que debe adoptar la organización para implementar unas compras sostenibles.

La Norma parte de la premisa de que las organizaciones dependen de la cadena de suministros y por lo tanto se las considera como parte de su esfera de responsabilidad. Al mismo tiempo, las organizaciones también cuentan con una esfera de influencia, ya que tienen la capacidad de promover la responsabilidad social de terceras personas (intermediarios, clientes, consumidores...) (Andrés, 2017).

Una organización al adoptar las directrices de esta norma conseguirá ejercer influencia en el comportamiento de proveedores y otras partes interesadas

con relación a la sostenibilidad y al mismo tiempo evitar complicidad, es decir, por medio de su actividad de compra evita ser cómplice de actos condenables de otras organizaciones que causen impactos adversos para la sostenibilidad.

De cualquier manera, las normas UNE, son documentos de aplicación voluntaria y únicamente pueden convertirse en legalmente obligatorias si se legisla conforme a ellas o se las refiere como obligatorias en disposiciones legales vigentes. Su creación es fruto del consenso, basado en los resultados de la experiencia y del desarrollo tecnológico y aprobado por un organismo de normalización reconocido. Así mismo, estas normas garantizan unos niveles de calidad y seguridad que permiten a cualquier empresa posicionarse mejor en el mercado y constituyen una importante fuente de información para los profesionales de cualquier actividad económica.

La norma UNE-ISO 20400, se ha ido modelando en un proceso que empezó en septiembre de 2013, ha contado en su definición con la participación de casi 40 países de todo el mundo y ha tomado como base de partida la British Standard (BS) 8903 publicada en 2010 (Vilariño, 2017).

Esta norma Internacional ha sido traducida por el Grupo de Trabajo Spanish Translation Task Force (STTF) del Comité Técnico ISO/PC 277, Compras Sostenibles, en el que participan representantes de los organismos nacionales de normalización y representantes del sector empresarial de los siguientes países: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Mexico y Uruguay.

La estructura de la norma es similar a la BS8903 aunque incorpora un capítulo más y otros desarrollos en sostenibilidad como los Principios Rectores de la ONU sobre Derechos Humanos y Negocios.

En la ISO 20400 se consideran también los costes en términos de ciclo de vida, concepto que se incluye en el artículo 68 de la Directiva 2014/24/UE, y que engloba el coste social y el coste medioambiental al precio total de un producto. Ya que las compras públicas generan un impacto positivo en el resto de políticas sociales y también un efecto arrastre del tejido empresarial (Valcarcel, 2011), con esta Norma estos conceptos y metodología llegan a la empresa privada.

Este documento pretende analizar y dar a conocer la estructura, contenido e importancia para las organizaciones, sociedad y consumidores que supone La norma UNE-ISO 20400.

2. NORMA ESPAÑOLA UNE-ISO 20400 NOVIEMBRE DE 2017

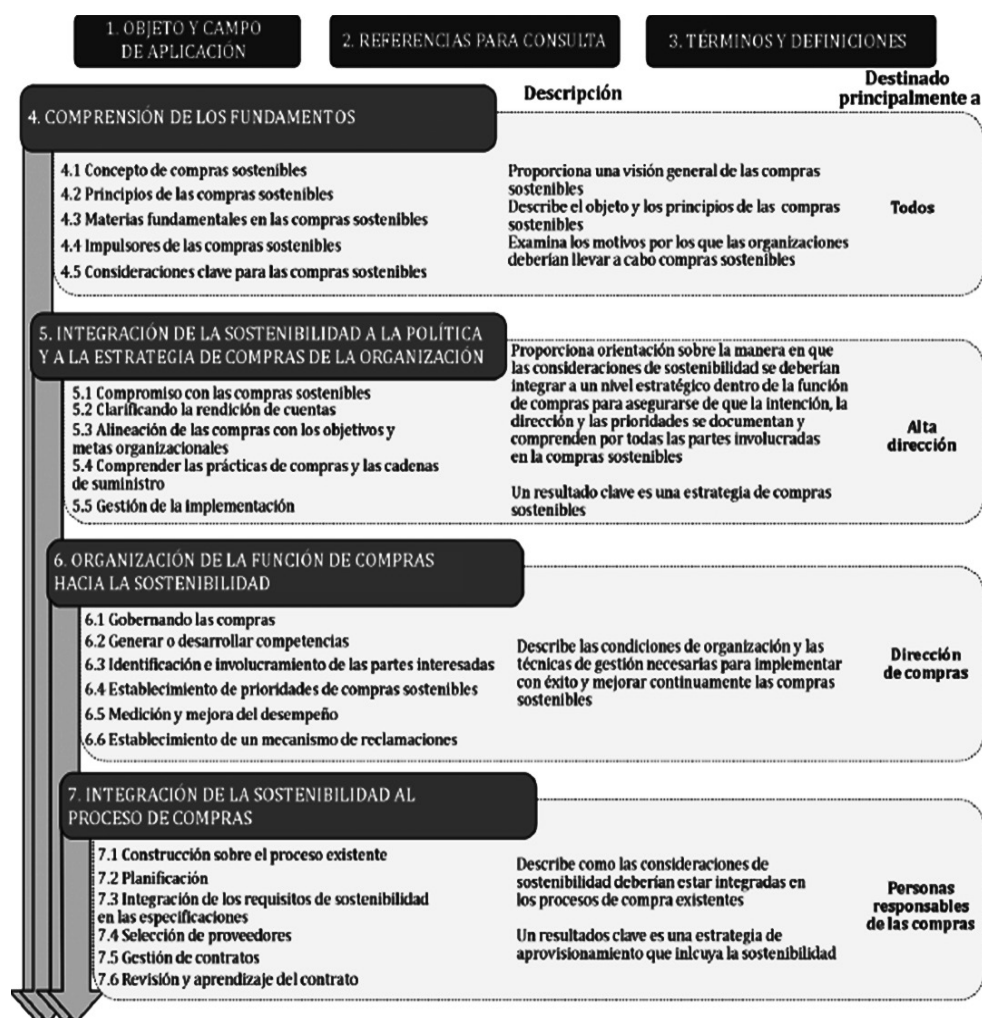
Ya en la introducción esta norma señala que su contenido y directrices pueden aplicarse a cualquier organización (pública o privada) y que es un instrumento con el cual es posible acercarse al logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Recordemos que los ODS son ratificados en 2016, y que requieren de la colaboración de los gobiernos, el sector privado, la sociedad civil y los ciudadanos por igual. Es por ello que La norma UNE-ISO 20400 expresa la oportunidad de dotar de mayor valor y acercarse a los ODS, entre otras cosas, con el fomento de la innovación y prácticas de compras, gestionando así el ries-

go en el ámbito ambiental, social y económico, objetivo perseguido también con la «Directiva 2014/24/UE del parlamento europeo y del consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública».

El esquema general de la Norma es bastante similar al de las otras normas de la familia ISO.

Cómo se aprecia en **figura 1** su estructura consta de 7 capítulos. En los dos primeros, lo más destacable, es que se indica que es una norma que se puede aplicar en cualquier organización sin importar su actividad o tamaño y que el documento carece de referencias normativas.

Fig 1: Esquema de la Norma. Tomado de UNE-ISO 20400. Compras sostenibles. Directrices. CTN309



3. DEFINICIONES

En el capítulo 3, dedicado a las definiciones, encontramos varios conceptos referentes a las sostenibilidad que dan una idea clara de lo que pretende esta norma, definiendo sostenibilidad como el «estado del sistema global, incluidos los aspectos ambientales, sociales y económicos, en el que las necesidades del presente se satisfacen sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades», para ellos se establece la **declaración de sostenibilidad** que indica los aspectos de sostenibilidad de bienes y servicios de la organización, debiendo asegurar que en todos sus prácticas de compra está integrada la sostenibilidad. También en este capítulo se ponen de manifiesto conceptos que ya aparecen en otras normas UNE como el de mejora continua, enfoque a las necesidades de la de la organización, transparencia...

4. FUNDAMENTOS DE LA NORMA

El capítulo 4 se dedica a la comprensión de los fundamentos de la norma, estableciendo los principios de las compras sostenibles que son:

- **la rendición de cuentas de la organización**, es decir, evaluar y poner en conocimiento los impactos sobre la sociedad, economía y medio ambiente surgidos de las cadenas de suministros de la organización poniendo en perspectiva el ciclo de vida de bienes y servicios.
- **La transparencia en las decisiones y actividades que tengan impacto en sociedad**, economía y medio ambiente en el contexto de las compras alentando también a los proveedores a ser transparentes
- **Comportamiento ético**
- **Oportunidad plena y justa** evitando la parcialidad en las decisiones de compra y dando oportunidad a todos los proveedores.
- **Respeto por los intereses de las partes interesadas**, a los principios de legalidad y Normas internacionales y a los Derechos humanos.
- **Búsqueda de soluciones innovadoras** para la sostenibilidad a lo largo de toda la cadena de suministro.
- **Revisar la demanda**, es decir, comprar lo que se necesite y buscar las alternativas sostenibles.
- **Integrar la sostenibilidad** en todas las prácticas de compras existentes.
- **Análisis de todos los costos**, tener en cuenta el ciclo de vida de los productos, la relación calidad-precio, y los costos a la sociedad, el ambiente y la economía resultantes de las compras.
- **Mejora continua**

En este capítulo también se señala como deben gestionar el riesgo y la oportunidad de sostenibilidad, el objetivo de esta gestión del riesgo es identificar, priorizar y gestionar tanto el riesgo interno como el externo, esto incluye la

capacidad de los proveedores de cumplir con los requisitos de sostenibilidad que se realizará con seguimientos y auditorías.

La gestión del riesgo incluye la valoración del riesgo (identificación, análisis, evaluación) y el tratamiento del riesgo. Así mismo se indica que para una correcta gestión del riesgo hay que implantar en la organización un proceso de **debida diligencia**, que abordará los impactos adversos y rendirá cuentas de ellos a la hora de aplicar dicha gestión del riesgo, bien identificando los impactos potenciales adversos y/o los impactos reales adversos, para los primeros se busca su prevención y control y para los segundos como tratarlos, remediarlos o controlarlos.

Una vez gestionado el riesgo se establecen unas prioridades de sostenibilidad, utilizando el proceso siguiente:

- a) Pertinencia, analizar si el asunto de sostenibilidad se aplica a la organización, y se determina por factores como:
 - Relación con las actividades fundamentales de la organización
 - Vínculos con Normas Internacionales, regulaciones y legislación
 - Actividades en las cadenas de suministro o dentro de la esfera de influencia de la organización
 - Iniciativas del sector, incluidos códigos de conductas
- b) Significancia, es decir, analizar que asuntos de sostenibilidad son los más afectados por las actividades y decisiones de la organización. La significancia se determina por factores tales como:
 - Severidad de los impactos adversos
 - Efecto potencial de actuar o no con relación a la sostenibilidad
 - Expectativas sociales del comportamiento responsable y el nivel de inquietud de las partes interesadas.
- c) Otras consideraciones para priorizar la sostenibilidad, que pueden ser:
 - Esfuerzo necesario para lograr el resultado requerido.
 - Desempeño respecto al cumplimiento de la Ley, Normas Internacionales o estándares.
 - Contribución a los objetivos de la organización.
 - La capacidad de influir
 - El alcance del impacto de otras organizaciones o personas

5. INTEGRACIÓN DE LAS COMPRAS SOSTENIBLES

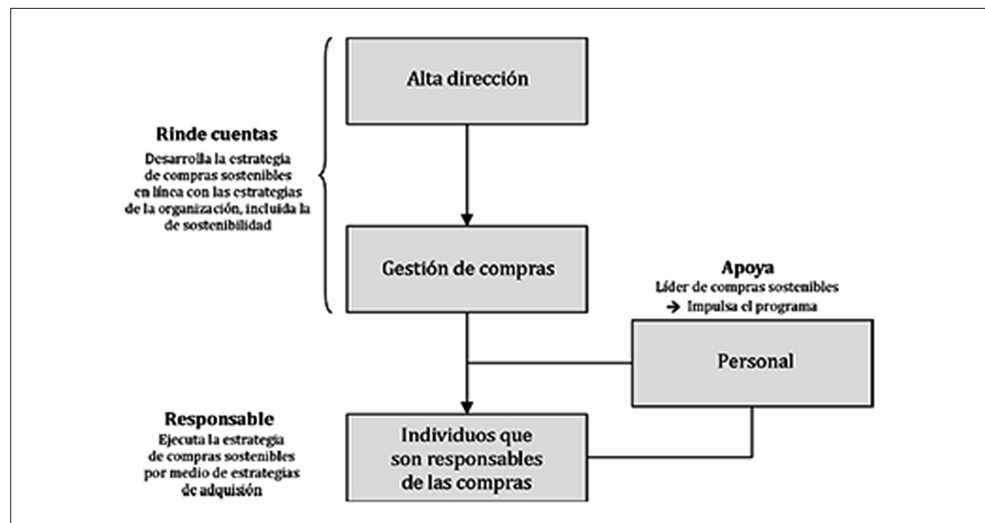
En el capítulo 5 se resuelve cómo se integran las compras sostenibles en una organización. Como en todas las normas de gestión de la familia ISO la responsabilidad y el compromiso parte de la alta dirección de la organización, las consideraciones de sostenibilidad se integran a nivel más alto y estratégico de la función de compras donde se establecen la intención, prioridad y dirección de esta estrategia, esto queda plasmado en dos documentos escritos, uno denominado «política», en el que se expresan las intenciones de compra y objetivos

a conseguir de la alta dirección y el otro denominado «estrategia» en el que se exponen las intenciones y orientaciones de las compras de la organización, estos documentos pueden crearse también juntos, lo importante es incluir la sostenibilidad en todos los documentos de compras existentes.

Una política de compras sostenibles debe reflejar los valores, principios, objetivos y metas de la organización, tener claro los tres pilares de la sostenibilidad (ambiental, social y económico) y por lo tanto reflejar el compromiso de la organización con la sostenibilidad, ser claro y preciso con la política de la organización y abordar los principios de las compras sostenibles.

Establecida política y estrategia se define dentro de la organización la rendición de cuentas, la integración de la sostenibilidad a los objetivos de los equipos y a las descripciones de los trabajos. En la **figura 2** se muestra un ejemplo de organización y los niveles de rendición de cuentas y la responsabilidad que la norma aconseja.

Fig. 2: ejemplo de roles y rendición de cuentas. Tomado de UNE-ISO 20400:2017



Una vez que los objetivos de las compras sostenibles ya se han implementado, la organización deberá establecer metas específicas y cuantificables y posteriormente hacer un seguimiento y evaluar la implementación de su estrategia, revisando así la implementación y esforzándose por lograr la mejora continua.

6. ORGANIZACIÓN DE LA FUNCIÓN DE COMPRAS HACIA LA SOSTENIBILIDAD

El **capítulo 6** se centra en la organización de la función de compras hacia la sostenibilidad, como paso previo a esta recomienda analizar la gobernanza de la organización, intentando integrar las compras sostenibles en ella y no desa-

rollando un nuevo programa de gobernanza y analizando la función de compras evaluando su función y madurez. Así mismo advierte que para que este sistema funcione es muy importante que las personas involucradas entiendan la razón de la implementación y que papel desempeñan dentro de esta, así como de los medios con los que cuentan. El comportamiento individual es también de suma importancia, para ello se insiste en la cultura organizacional de apoyo, educación y formación en los pilares de la sostenibilidad y en la política adoptada por la organización. La organización debe desarrollar esta cultura de la organización y estimular la colaboración, la innovación, la comunicación eficaz, se deberá alentar a trabajar en red y a participar en grupos internos y externos, para ello la organización debería identificar las necesidades de aprendizaje y de desarrollo de los involucrados en el proceso de compras, no esperando que sean expertos en sostenibilidad pero si poniendo a su disposición asesoría y soporte profesional en sostenibilidad.

Desde fuera de la organización también se debe contar con una red que vaya en dirección a la implantación, información, mejora del desempeño sobre la sostenibilidad, los tres grandes grupos sobre los que se puede actuar y tomar decisiones son los homólogos de la industria, las cadenas de suministro y otras partes interesadas

Sería deseable el aprendizaje mediante **colaboración con homólogos de la industria** y cadenas de suministro para compartir conocimientos y desarrollar mejores prácticas, también serían beneficiosos los informes de las organizaciones no gubernamentales, instituciones financieras o medios de comunicación especializados.

Respecto a las **cadenas de suministro**, la organización necesita su implicación en iniciativas más allá del contrato que les una, como por ejemplo una comunicación bidireccional del desempeño y de los objetivos cumplidos y no cumplidos, información sobre iniciativas de sostenibilidad basadas en la industria y las materias primas.

El involucramiento de **otras partes interesadas**, aquí es primordial clientes e inversionistas, pero también puede ser el Gobierno una parte interesada en cuanto que puede ayudar, apoyar la igualdad de condiciones ofreciendo incentivos para mejorar las prácticas de sostenibilidad, especialmente si estas prácticas no son muy competitivas, además el gobierno como comprador público puede tener también un rol importante al orientar el comportamiento de las partes interesadas externas hacia la sostenibilidad.

Las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones comerciales o sectoriales, los sindicatos y los representantes de los trabajadores pueden ser partes interesadas importantes a la hora de tomar conciencia con prácticas sostenibles.

Una vez conseguido que se integre en la política de la organización las prácticas de compras sostenibles, y son identificados las partes interesadas, hay que establecer cuáles son las prioridades en las compras sostenibles y bajo qué enfoque se van a establecer estas prioridades, para ello, primero se gestiona el riesgo (y también la oportunidad) identificando los riesgos a corto, medio y largo plazo;

integrando las actividades apropiadas para tratar estos riesgos para la sostenibilidad e implementando y gestionando las actividades de tratamiento del riesgo.

Se pueden usar diferentes enfoques para establecer las prioridades en sostenibilidad:

- a) Enfoque por categorías, de grupos similares de bienes o servicios que daría lugar un plan por categorías con las consideraciones de sostenibilidad de cada una de ellas, estas categorías podrían ser:
 - Volumen de compras o gastos de la categoría a corto, medio o largo plazo.
 - Riesgos (y oportunidades) en relación con los bienes o servicios, las prácticas de los proveedores y los asuntos de sostenibilidad claves.
 - La criticidad de las operaciones
 - El contexto del país
 - La aplicación de políticas públicas relacionadas con la sostenibilidad
 - Los requisitos operacionales futuros.
- b) Enfoque de proveedor, determinando que proveedores (y sus cadenas de suministro) contribuyen significativamente a cada asunto de sostenibilidad, analizando de donde vienen las materias primas, mano de obra, verificando cómo y por quien son transportados los bienes, revisando el desempeño histórico de los proveedores, considerando la capacidad de influir en la cadena de suministro, enfocarse en el riesgo (y oportunidades) y otras.
- c) Enfoque hacia asuntos de sostenibilidad, identificando asuntos de sostenibilidad y estableciendo como afectan las categorías de compras a ellos. Cada asunto de sostenibilidad debería estar alineado con las materias fundamentales de compras sostenibles y con los asuntos clave definidos en la política de sostenibilidad de la organización.
Una vez realizada esta asignación, se puede profundizar mediante una evaluación del ciclo de vida, si es apropiado.

7. MEDICIÓN Y MEJORA DEL DESEMPEÑO

Se deberá implantar en la organización un sistema de medición del desempeño que:

- establezca metas de sostenibilidad asociadas a indicadores clave del desempeño.
- Realice un método de seguimiento, evaluación y mejora continua del desempeño y que tome las medidas correctivas si fuera necesario.
- Ayude en la selección de los proveedores adecuados.
- Comunique los resultados
- Evalúe comparativamente a la organización contra competidores y líderes de la sostenibilidad.
- Comunique a las partes interesadas externas

Las mediciones pueden ser cualitativas o cuantitativas y pueden aplicarse tanto a las prácticas de compras como a los resultados de estas. Se necesita tiempo para que el impacto de un programa de compras sostenibles avance desde los indicadores hasta los resultados y posteriormente hasta el impacto de la organización en la sociedad, el ambiente y la economía en general.

8. PRESENTACIÓN DE INFORMES

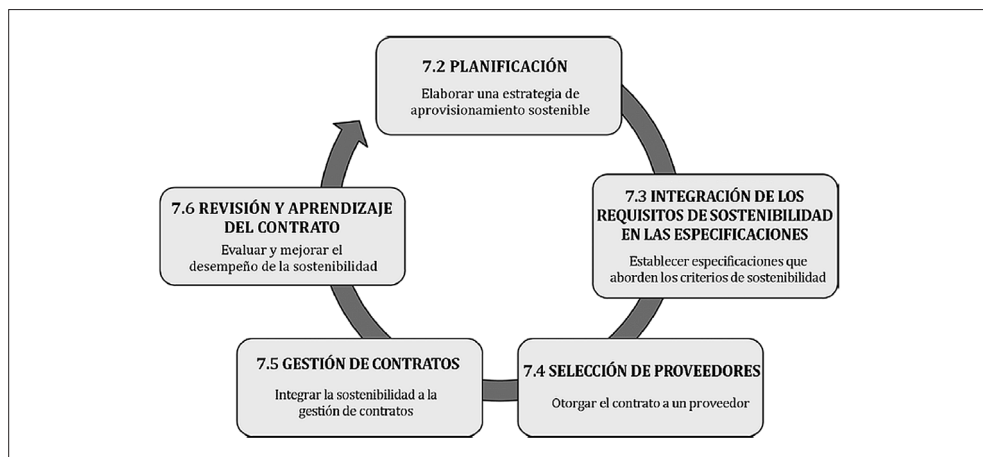
Se pueden presentar informes a varios niveles e involucrar a gran número de partes interesadas, incluido los proveedores. La Norma en este punto define varios niveles de presentación de informes y aconseja varios métodos para reducir la carga de informes, aunque haciendo hincapié en que la comunicación debe ser completa, comprensible, responsable, precisa, equilibrada, oportuna y accesible.

Finaliza este capítulo 6 aconsejando una evaluación comparativa con otras organizaciones homólogas y estableciendo un mecanismo de reclamaciones a través de diferentes canales dependiendo del asunto de sostenibilidad que se informe, mecanismo de reclamaciones que ofrece una oportunidad adicional en la mejora del desempeño.

9. INTEGRACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD AL PROCESO DE COMPRA

En el capítulo 7 se aborda el proceso de compras y se dirige a las personas responsables de las compras en la organización y la manera en que cada paso del proceso puede incorporar prácticas de compras sostenibles. El flujo del proceso de compra y cómo está estructurado el capítulo se describe en la **figura 3**.

Fig. 3: Flujo del proceso de la integración de la sostenibilidad en las compras.
Tomado de UNE-ISO 20400. Compras sostenibles. Directrices. CTN309



10. PLANIFICACIÓN

El fin de la planificación es la elaboración de la «estrategia de aprovisionamiento», que permita que las consideraciones de sostenibilidad lleguen a formar parte de la toma de decisiones. En la estrategia de aprovisionamiento se describe el mejor resultado para el proyecto de compras y para su elaboración hay que tener en cuenta las siguientes consideraciones:

a) Valoración de riesgos para la sostenibilidad (incluida las oportunidades)

Los riesgos para la sostenibilidad pueden variar de un bien o servicio a otro y de un proveedor a otro, por lo que se tendrá que considerar, entre otros muchos aspectos, los lugares de aprovisionamiento, la estructura en la cadena de suministro, los distintos proveedores. Por lo tanto la organización debe valorar y priorizar los riesgos para cada actividad de compras, para ello, se requiere un análisis con un enfoque multidisciplinario en el que se tomen en cuenta aspectos técnicos y un profundo conocimiento de cómo los bienes o servicios se fabrican, procesan, entregan, expertos o asesoramiento en sostenibilidad, salud y seguridad, gestión ambiental, etc. y personas con conocimientos sobre la forma en que la organización utilizará los bienes o servicios.

b) Análisis de costos

Relacionado con lo anterior, en la Norma consideran la importancia de lo que puede significar el coste del ciclo de vida para la elaboración de la estrategia de aprovisionamiento, y distingue dos etapas para el cálculo del ciclo de vida (LCC):

- La primero el costo total de propiedad (TCO), que incluye el precio total de compra y todos los costos asociados, incluidos los operativos (uso de energía) y los de su desmantelación o desecho.
- La segunda las externalidades que se pueden monetizar tanto para la organización como para la sociedad (ambientales y sociales).

La organización deberá indicar en sus documentos de compras los datos y el método empleado para el cálculo del costo del ciclo de vida.

c) Análisis de las necesidades de la organización

Al analizar las necesidades de la organización, esta debe considerar las diferentes alternativas para obtener el mismo resultado para ello realizará consultas a las partes internas claves.

d) Análisis de mercado

Aquí la norma subraya la importancia de conocer la creatividad e innovación de los diferentes proveedores para determinar si se pueden cumplir los requisitos de sostenibilidad y si con ello se crea una ventaja competitiva.

Resueltos los anteriores puntos la organización se encuentra en disposición de elaborar la estrategia de aprovisionamiento. Las decisiones tomadas en esta etapa influyen en todo el proceso de compras y deberían estar documentadas incluido el proceso de revisión antes de pasar a la siguiente etapa.

11. INTEGRACIÓN DE LOS REQUISITOS DE SOSTENIBILIDAD EN LAS ESPECIFICACIONES

Según el tipo de organización los requisitos se aplicarán a bienes y servicios que se compran, a métodos de producción, procesos, organización, etc., en todos ellos se debe tener en cuenta que los criterios de sostenibilidad:

- Reflejen las prioridades definidas en la estrategia de adquisiciones
- Sean objetivos y verificables
- Se definan claramente
- Se comuniquen de manera transparente y eficaz a los proveedores
- Propicien competencia justa

Así mismo, se deberá incluir en el contrato cláusulas que permitan a la organización aumentar su control sobre lo que ocurre en cadena de suministros, por ejemplo mediante estándares mínimos exigibles, auditorías periódicas, derecho a dar por terminado un contrato en caso de incumplimiento de obligaciones de sostenibilidad, etc.,

Se pueden utilizar diferentes tipos de requisitos:

- Físicos o descriptivos, especificar características del bien o servicio
- Requisitos de desempeño, definiendo las normas de desempeño que han de cumplir los bienes o servicios.
- Requisitos funcionales, por ejemplo con respecto a resistencia y durabilidad

Así mismo los requisitos pueden ser mínimos, opcionales o utilizar otro variantes de estos con el fin de fomentar soluciones alternativas, el análisis de mercado, realizado anteriormente, será clave para la inclusión en el contrato de estos requisitos, se tendrán en cuenta las certificaciones, marcas o etiquetas que identifican criterios de sostenibilidad específicos para los bienes o servicios requeridos.

La norma termina con una serie de criterios para seleccionar a los proveedores evaluando su capacidad, indicando cómo debe de ser las peticiones de ofertas, las adjudicaciones del contrato, etc.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS PÉREZ, MARÍA DEL ROCÍO (2017) ISO 20400: Primera norma internacional sobre compra sostenible. Observatorio de Contratación Pública 11/09/2017

- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (2017). UNE-ISO 20400:2017. ISO Central Secretariat BIBC II Vernier, Geneva Switzerland <https://www.iso.org/news/Ref2178.html>
- CTN309 Servicios. UNE-ISO 20400. Compras sostenibles. Directices. Asociación Española de Normalización. Madrid. Publicada por AENOR INTERNACIONAL.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. 2011» Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes: de la posibilidad a la obligación» en Actualidad Jurídica Ambiental. Abril de 2011. En: http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wpcontent/uploads/2011/04/2011_04_Valcarcel-Patricia_Contratacion_publica_responsable1.pdf [Accesado el 15 de noviembre de 2016].
- VILARIÑO, ALBERTO 2017. ISO 20400, una guía para la compra responsable, febrero 2017. Blog Alberto Vilariño <https://albertvilarino.com/>

Capítulo 23

LA COMPRA VERDE EN LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

*Myriam Ortega*¹

Coordinadora de la Oficina Ecocampus
Programa de Calidad Ambiental

I. INTRODUCCIÓN

La UAH es consciente de que, como institución educativa, debe fomentar conductas que respeten el medio ambiente y el uso eficiente de los recursos.

La puesta en marcha en la Universidad de Alcalá de una línea estratégica de gestión dedicada a la mejora de los aspectos ambientales —Programa de Calidad Ambiental (PCA)—, se inicia mediante una serie de acuerdos tomados en Consejo de Gobierno, desde el inicio de la actividad del Vicerrectorado de Campus y Calidad Ambiental en 2002. El Vicerrectorado cuenta desde el principio con el apoyo de la Oficina Ecocampus de la UAH, una de las primeras oficinas ambientales o de ambientalización universitaria (llamadas coloquialmente «oficinas verdes») creadas en la Universidad Española. Podemos destacar que en la actualidad la práctica totalidad de las universidades cuentan con este servicio. Ello es debido en buena medida a la labor del grupo de trabajo de la CRUE sobre mejora ambiental y sostenibilidad, del que la UAH formó parte desde sus inicios. Actualmente dicho grupo de trabajo constituye una Comisión Sectorial bajo el nombre de CRUE Sostenibilidad.

En el Consejo de Gobierno de Septiembre de 2004 se aprobó la Declaración de Política Ambiental, disponible desde la web de la Universidad de Alcalá, en la sección de sostenibilidad.

1. Quisiera agradecer a D. Carlos Báez, Jefe de la Unidad de Servicios Generales, por su inestimable colaboración en la preparación de este texto.

El Programa de Calidad Ambiental persigue la integración de la dimensión ambiental en la actividad universitaria, tanto en la gestión de sus recursos como la planificación y ordenación de sus campus. La Universidad de Alcalá cuenta con tres campus, el primero, campus histórico, en el centro histórico de Alcalá (edificios administrativos y facultades principalmente de Humanidades, el campus científico-técnico en el exterior de la ciudad —el llamado campus externo— y un tercer campus localizado en la ciudad de Guadalajara, Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha).

El fundamento del PCA se basa en la consideración de que las universidades, en tanto Instituciones de Educación Superior, han de ser agentes activos de promoción de la sostenibilidad y de mejora ambiental en las sociedades en que se insertan. Su función debe orientarse a favorecer un cambio de actitud respecto a la protección ambiental y una correlativa integración de esta perspectiva en todos los ámbitos de su actividad, tanto en formación e investigación, como en gestión, vida universitaria y proyección social.

En la UAH se dan circunstancias favorables para el desarrollo de una política ambiental eficaz, teniendo en cuenta que el entorno del campus externo cuenta aún con características acusadas de naturalidad. A ello se suma la existencia de un buen número de departamentos y grupos de investigación con experiencia y motivación en temas relacionados con el entorno, así como varios tipos de estudios de licenciatura, especialidades y postgrado vinculados a esta materia.

Por ubicarse en un contexto territorial bien definido (el valle del Henares, incluyendo la provincia de Guadalajara), con la particularidad de ser la única universidad cuyos campus se distribuyen en dos comunidades autónomas (Madrid y Castilla-La Mancha), la UAH opta también por el compromiso de impulsar la calidad ambiental en el desarrollo de su ámbito territorial de influencia. La excelencia ambiental ha de ser un objetivo diferencial para un modelo de desarrollo con el que la UAH se compromete e impulsa. Un Programa de Excelencia Ambiental en el Desarrollo fue propuesto a todos los municipios del ámbito de la UAH, con el objetivo de que el desarrollo económico y humano se realice de forma compatible con el incremento de la calidad ambiental.

El Programa de Calidad Ambiental pretende promover y encauzar actuaciones para fomentar la eficiencia energética, el ahorro y la gestión eficiente de los residuos (reducción, reutilización y reciclado).

La Política Ambiental adoptada por la UAH asume los siguientes compromisos:

- Prevenir, reducir y eliminar, la incidencia ambiental negativa que pudiera derivarse de la actividad universitaria.
- Racionalizar el consumo y promover un nivel creciente de eficiencia en la utilización de recursos materiales y energéticos.
- Promover la reducción de residuos y su valorización (reciclaje, recuperación y reutilización).

- Informar, formar y sensibilizar a la comunidad universitaria, promoviendo su participación activa en la gestión ambiental, y en la mejora de la calidad del entorno universitario.
- Realizar un seguimiento continuo de la repercusión ambiental de la actividad universitaria y evaluar el grado de cumplimiento de los objetivos y metas establecidos, de acuerdo con la normativa ambiental aplicable a la universidad.
- Mantener una relación de diálogo y colaboración con las entidades públicas y privadas (empresas que colaboran con la universidad) con competencias en materia de medio ambiente, que puedan afectar a la universidad y a su área de influencia.
- Adecuar su política ambiental a las nuevas exigencias promovidas por las asociaciones de universidades en el ámbito nacional e internacional.
- Promover en su territorio de influencia una política de Excelencia Ambiental en el Desarrollo, actuando como órgano impulsor, catalizador y asesor de la misma, en colaboración con las instituciones públicas y privadas.

En este sentido, la UAH se ha comprometido a cumplir una serie de objetivos en materia de desarrollo sostenible, a través de diez líneas de acción:

- Compromiso institucional: Protección del medio ambiente y desarrollo sostenible dentro del entorno académico.
- Ética ambiental: Promover entre el personal universitario, los estudiantes y los ciudadanos un consumo sostenible y modelos de vida ambientalmente responsables.
- Formación del personal universitario: Formación en materia medioambiental a los trabajadores de la Universidad.
- Programas de educación ambiental: Realización de programas de educación ambiental dirigidos a profesores, personal de administración y servicio y estudiantes.
- Interdisciplinaridad: Fomento de programas interdisciplinares y coordinados de investigación y educación relacionados con el desarrollo sostenible.
- Difusión del conocimiento: Elaboración de material didáctico, organización de conferencias y programas de formación.
- Trabajo en red: Promover redes interdisciplinares de expertos en medio ambiente en ámbito local, regional, nacional e internacional, con el objetivo de colaborar en proyectos medioambientales comunes.
- A cuerdos con actores sociales: Fragar acuerdos con otros sectores concienciados de la sociedad.
- Programas de formación continua: Desarrollo de programas de educación sobre material ambiental para diferente colectivos (ONG, medios de comunicación, empresas, etc.)
- Transferencia tecnológica: Diseño de programas de transferencia de tecnologías adaptados e innovadores de educación y métodos avanzados de gestión, en materia ambiental.

En marzo de 2003 se constituyó la Oficina Ecocampus Alcalá, para canalizar las iniciativas ambientales de la comunidad universitaria, su participación, el análisis y solución de nuevos problemas.

Desde 2014 y hasta comienzos de 2018 la Universidad de Alcalá ha ostentado la Presidencia de la Comisión Sectorial CRUE Sostenibilidad, ya comentada anteriormente. En dicho periodo, de intensa actividad en lo que a sostenibilidad medioambiental se refiere, se elaboró un completo informe sobre la implicación de la Universidad de Alcalá en el desarrollo y cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), definidos por la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015.

II. PLAN DE SOSTENIBILIDAD

La Universidad de Alcalá destaca entre todas las universidades españolas por sus políticas de ahorro y de eficiencia energéticas. Por ejemplo, a través del desarrollo de acciones de sensibilización; o mediante la introducción de criterios ambientales en las licitaciones, lo que se conoce como «compra verde».

Asimismo, la UAH forma parte de redes internacionales de sostenibilidad, como la SDSN (Sustainable Development Solutions Network de Naciones Unidas), o la UNAI (United Nations Academic Impact), además de participar en redes nacionales, como la REDS (Red Española para el Desarrollo Sostenible).

Distinciones internacionales, como la de Coolmyplanet, que promueve la concienciación medioambiental y la reducción del impacto climático y considera a la Universidad de Alcalá como la 3ª universidad más sostenible del mundo; o la posición destacada en el ranking GreenMetric que elabora la Universidad de Indonesia, donde la UAH siempre ha estado entre las 40 mejores universidades del mundo, son otros reconocimientos a destacar.

2.1. Compra verde

La compra verde o sostenible es una potente herramienta para reducir el impacto ambiental y social de una actividad, ya que se incorporan criterios medioambientales, sociales y económicos en la adquisición de productos y contratación de servicios. Esto puede suponer, además, cuantiosos ahorros económicos en distintas actividades.

Son muchas las administraciones públicas, y entes adscritos, que han incorporado planes de Compra Verde en sus contrataciones. A nivel universitario, la CRUE, a través de su grupo de Trabajo de «Calidad ambiental y Desarrollo Sostenible», actualmente «CRUE-Sostenibilidad», al que pertenece la UAH, elaboró a principios del año 2000 unas directrices acerca de la compra verde. En este sentido, la normativa ha ido evolucionado y la que está actualmente en vigor (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público) ya permite que se incluyan en los procedimientos de contratación, a varios niveles, factores que

conducen a las empresas licitadoras y a los propios poderes adjudicadores a un aumento de su sostenibilidad, tanto social como ambiental.

La UAH, como universidad comprometida, ha estado realizando en los últimos años acciones referidas a la compra verde o sostenible. En el año 2015 publicó un «Código ético y de transparencia en contratación administrativa y compra pública» donde se incluyen medidas de Compra Verde o Sostenible. No obstante, con anterioridad a su publicación se comenzó incorporando estas directrices en los concursos de cafeterías y comedores. Durante el año 2011, estas condiciones ya se implantaron en otro tipo de concursos. Todos ellos especificaban en sus pliegos la obligatoriedad del respeto a cualquier cuestión medioambiental y social. Los concursos de obras determinan además la implantación de un Plan de Residuos durante la duración de los trabajos.

A continuación se indican algunas de las consideraciones ambientales y energéticas que se han tenido en cuenta en los pliegos de concursos específicos:

- Retirada de residuos peligrosos: Se hace referencia a la declaración de política ambiental de la Universidad.
- Retirada y eliminación de residuos sólidos urbanos. Se hace referencia a la declaración de política ambiental de la Universidad.
- Mantenimiento de Centros de Transformación. Se indica que «los materiales y productos a emplear no producirán contaminación al ambiente ni en aguas residuales».
- Mantenimiento de ascensores, plataformas y salvaescaleras. Se indica que «los materiales y productos a emplear no producirán contaminación al ambiente ni en aguas residuales. Se ajustarán a la normativa europea en cada momento».
- Mantenimiento de los sistemas de protección contra incendios y grupos de bombeo. Se indica que «los materiales y productos a emplear no producirán contaminación al ambiente ni en aguas residuales. Se ajustarán a la normativa europea en cada momento».
- Mantenimiento de las instalaciones de climatización (aire acondicionado y calefacción) instalaciones generales de suministro y consumo de gases, torres de refrigeración, control de aljibes y aguas. Se indica que «los materiales y productos a emplear no producirán contaminación al ambiente ni en aguas residuales. Se ajustarán a la normativa europea en cada momento».
- Limpieza de edificios e instalaciones y limpieza viaria del Campus Externo. En referencia a los materiales, se indica «se elegirán con criterios ecológicos compatibles con los programas de calidad ambiental de la UAH».
- Mantenimiento de Jardines y Viales de la Universidad. Se establecen diversas obligaciones tanto para el ahorro del agua y energía, como para el tratamiento de los restos de limpieza incluyendo su posible uso como abono.
- Mantenimiento, conservación y desarrollo del Real Jardín Botánico Juan Carlos I. Se establecen diversas obligaciones tanto para el ahorro del agua

- y energía, como para el tratamiento de los restos de limpieza, incluyendo su posible reciclado en el recinto y uso como abono.
- Suministro e instalación de cableado estructurado. Se establecen medidas de protección medioambiental.
- Mantenimiento de equipos microinformáticos y asistencia a usuarios. Se establecen medidas de protección medioambiental.
- Mantenimiento integral de instalaciones del edificio Politécnico. Indica que «los materiales y productos a emplear no producirán contaminación al ambiente ni en aguas residuales. Se ajustarán a la normativa europea en cada momento».
- Cafeterías para los diversos centros. Se establecen a lo largo del pliego referencias para desempeñar la actividad en el marco de la política ambiental de la Universidad, y se hace especial mención a la separación de residuos para su reciclaje.
- Servicios de soporte backup legato networker y quantum scalar. Se establecen medidas de protección medioambiental.
- Suministro de vehículo de representación institucional —monovolumen. Obligación de cumplimiento de criterios medioambientales para el vehículo a suministrar.

Tras la implantación en el año 2015 del «Código ético y de transparencia en contratación administrativa y compra pública» quedaron fijados para nuestra Universidad los requisitos mínimos en materia de sostenibilidad que se debían incluir en cualquier actuación en relación con la contratación administrativa.

En cuanto a las condiciones obligatorias que es posible incluir en los Pliegos de Prescripciones Técnicas, pueden señalarse las siguientes:

- Requerir un tipo de materiales determinados que garantice un menor impacto ambiental a lo largo de su ciclo de vida (material reciclado y/o reciclable, madera procedente de gestión forestal sostenible, productos de limpieza o consumibles respetuosos con el medio ambiente...).
- Exigir la utilización de un procedimiento concreto de producción que garantice un mayor respeto ambiental (papel reciclado sin cloro...).
- Exigir prestaciones complementarias relativas a la sostenibilidad (retirada de la maquinaria que se sustituye, reciclado y/o eliminación de la misma de forma adecuada, exigiendo la presentación de los certificados pertinentes).
- Incluir productos procedentes de comercio justo, si es posible, entendiendo por «comercio justo» el cumplimiento de los estándares establecidos en el artículo 2 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre Comercio Justo y Desarrollo (2005/2245).
- Exigir un porcentaje mínimo de personas en riesgo de exclusión social, o un porcentaje mínimo de mujeres, o previamente desempleadas.
- Exigir el uso de vehículos híbridos.

III. CONTEXTO

A continuación se enumeran las directrices aprobadas por CRUE sobre Compra Verde, que han constituido un indispensable elemento de apoyo para facilitar el desarrollo, respecto a este asunto, en la Universidad de Alcalá:

- Las universidades se comprometen a desarrollar paulatinamente una política de Compra Verde en sus contratos de suministro de productos, priorizando siempre que sea posible, aquellos que dispongan de etiquetado ecológico, de producción local o que en su proceso de producción desarrollen procedimientos de menor impacto sobre el medio ambiente, así como los que carezcan de sustancias peligrosas, empleen productos reutilizados o reciclados, usen productos que generen menos residuos y sean más eficientes energéticamente
- Las universidades se comprometen a introducir criterios ambientales en los pliegos de cláusulas técnicas y administrativas que se aprueben para la adjudicación de los concursos de consultoría, asistencia, obras, instalaciones y servicios que deberán integrar los aspectos ambientales en su realización. Entre éstos se contempla la reducción de las emisiones de gases con efecto invernadero, la reducción en la generación de residuos, la utilización eficiente de materias primas y energía y la utilización de materiales reciclados, También para las empresas que opten a ofrecer servicios se les valorará, entre otros méritos, tener implantados sistemas de gestión medioambiental certificados.
- Las universidades se comprometen a incorporar las técnicas y tecnologías más eficientes desde el punto de vista energético en las obras de rehabilitación o reforma y en el mantenimiento de los edificios, zonas verdes, instalaciones, equipos y vehículos, y en general, en el mantenimiento de los mismos desde un punto de vista ambiental (utilización de energías renovables, gestión de residuos, dispositivos ahorradores de agua, eficiencia energética, etc.).
- Las universidades se comprometen a facilitar los medios para la formación, información y sensibilización de su propio personal, con el objetivo de implantar hábitos y buenas prácticas ambientales en el funcionamiento de las tareas administrativas.
- Las universidades se comprometen al desarrollo de campañas de sensibilización y educación ambiental con el objetivo de aumentar, a través de la Compra Verde, la toma de responsabilidad de las compras de la ciudadanía.
- Las universidades se comprometen a potenciar cuantos acuerdos voluntarios sean necesarios con los agentes económicos para fomentar la adquisición de productos ecoeficientes entre su propio personal y el resto de ciudadanía.
- Las universidades se comprometen a promocionar el Comercio Justo y el consumo responsable a partir de la incorporación de criterios éticos y sociales en la compra y contratación pública.

- Las universidades se comprometen a promocionar productos de ecodiseño, es decir, que incorporen acciones orientadas a la mejora ambiental del producto en cuanto a su función, elección de materiales y minimización de impactos en el transporte, uso y tratamiento final.

IV. ACCIONES EN LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

4.1. Actuaciones realizadas:

Las medidas más representativas que se han ido realizando respecto a la Compra Verde son las siguientes:

- Inclusión de criterios medioambientales, energéticos y sociales en concursos públicos:
Incorporación de directrices de Compra Verde y Comercio Justo en los pliegos de prescripciones de los concursos públicos de la UAH.
- Adquisición de productos menos contaminantes y más eficientes:
Incorporación progresiva de vehículos eléctricos para los servicios de la UAH y adquisición de equipos consumidores de energía más eficientes.

4.2. Actividades en desarrollo y posibles actuaciones a realizar

La UAH quiere seguir trabajando en la incorporación de criterios medioambientales, energéticos y sociales en su contratación.

- Criterios sostenibles en todos los concursos:
Estas condiciones se van a incorporar en todos los concursos públicos de la UAH. Por ejemplo, en aquellos casos en que el servicio requiera vehículos, como en las labores de jardinería, se solicitará en el pliego que éstos sean eléctricos.
- Equipos y tecnologías eficientes:
Asimismo, como medida de carácter interno, se prevé la incorporación progresiva de vehículos eléctricos y de otros menos contaminantes en sustitución de los ya existentes, así como la de equipos consumidores de energía más eficientes (ordenadores, fotocopiadoras, impresoras, lámparas, etc.)
- Productos menos contaminantes:
Sustitución progresiva de los dispensadores de agua por fuentes conectadas a la red que disponen de un sistema de purificación.

Según varios estudios, para la fabricación de un dispensador de agua se requiere más agua de lo que puede suministrar, con el consiguiente perjuicio al medio ambiente. Por ello, la UAH ha tomado la iniciativa de sustituirlos.

Otras posibles acciones a implantar en la UAH en lo referente a Compra Verde, o algunas ideas que ésta puede incorporar como condiciones ambientales y sociales dentro de los pliegos de prescripciones técnicas son:

- **Manual de Compra Verde de la UAH:**
Elaboración de un manual que marque las directrices y objetivos a alcanzar por la UAH en los criterios de Compra Verde en energía, agua, material, mobiliario, transporte, equipos, etc. Este manual permite alcanzar los objetivos propuestos gracias a las medidas que se establezcan.
- **Productos con diseño ecológico (ecodiseño)**
La adquisición de productos que integren en su diseño criterios ambientales y energéticos ayuda a reducir el impacto ambiental que producen.

Estos productos utilizan materiales menos impactantes, que se fabrican mediante una producción limpia, incorporan mejoras ambientales en la distribución y reducen el impacto generado, tanto durante su uso como al final de su vida útil.

Existen diversos productos con diseño ecológico que la UAH puede adquirir: aparatos eléctricos y electrónicos, equipos de climatización, iluminación, electrodomésticos en general, mobiliario urbano, materiales de construcción, materiales de oficina, productos de jardinería, productos de limpieza, etc.

- **Productos con etiqueta ecológica europea**
Otra fuente de información para facilitar las decisiones de Compra Verde son las etiquetas ecológicas o ecoetiquetas, que certifican el cumplimiento de ciertas características de un producto concreto que lo hacen menos impactante para el medio ambiente.

Hasta la fecha, la Comisión Europea (CE) ha concedido etiquetas ecológicas a cientos de productos y servicios agrupados en diferentes categorías como jardinería, productos textiles, limpieza, papel y equipo electrónicos.

- **Equipos eficientes consumidores de energía:**
La etiqueta energética constituye una herramienta informativa que permite conocer de forma rápida la eficiencia energética de algunos aparatos consumidores de energía como lámparas, electrodomésticos, etc. Incluso los vehículos disponen de esta codificación.

Existen siete clases de eficiencia, identificadas por un código de colores y letras que van desde el color verde y la letra «A» para los equipos más eficientes, hasta el color rojo y la letra «G» para los menos eficientes. La clase energética «A» presenta un consumo de energía menor mientras que los aparatos de la clase «G» corresponden a los que tienen un consumo superior a un equipo de tipo medio.

Los aparatos eléctricos de alta eficiencia presentan una serie de ventajas tanto para el consumidor como para el medio ambiente: menor consumo de

agua y energía, menor coste en el ciclo de vida del producto (por el menor uso de recursos), mejores resultados (mayor eficacia en su actividad), mayor confort y menor impacto ambiental.

- Productos con certificado en gestión forestal La UAH, por su actividad, es una gran consumidora de papel.
Por ello, la adquisición de productos madereros debe tener en cuenta el origen de la materia prima en el caso de los suministros de mobiliario, papel y publicaciones.

Las certificaciones forestales sostenibles (certificaciones PEFC y FSC), garantizan que la madera empleada para la fabricación del producto (por ejemplo, el papel), procede de bosques que son administrados y gestionados de manera adecuada y que el proceso de elaboración del mismo se ha realizado con las mejores técnicas sostenibles y eficientes.

- Productos y servicios locales
La compra de productos locales o próximos geográficamente a la UAH reducirá las distancias recorridas por su transporte y, por consiguiente, también se verán reducidos el consumo de combustibles fósiles y las emisiones de CO₂ asociadas al mismo.
- Contratación de proveedores con criterios sostenibles
La contratación con proveedores y subcontratistas que fabriquen o distribuyan productos y servicios sostenibles implica un valor añadido.

Puede considerarse que estos agentes cumplen con los requisitos medioambientales y energéticos siempre que dispongan de una política medioambiental o memoria de sostenibilidad en su actividad o dispongan de sistemas de gestión medioambiental (EMAS, ISO 14001) y energéticos (ISO 50001), entre otros sistemas voluntarios.

Estudio y evaluación de actuaciones sostenibles en la Universidad de Alcalá

- Ecoeventos

La UAH alberga conferencias, reuniones, presentaciones y otros eventos institucionales que deberían contar con unas directrices específicas que permitan un desarrollo lo más sostenible posible.

Para ello, se deben tener en cuenta algunos aspectos como:

- Comunicar a los asistentes y dar prioridad al acceso a la UAH en transporte público.
- Contratar proveedores y servicios (catering, etc.) aplicando criterios de sostenibilidad.
- Instalar puntos de recogida selectiva de residuos, si no existiesen.
- Hacer un uso responsable de la climatización e iluminación de la sala o salas donde se realice el evento.

- Disponer de medios que permitan establecer conexiones y accesos a Internet, videoconferencias y retransmisiones on-line del evento. De esta manera se evita el traslado físico, con lo que se logra reducir las emisiones por transporte.
- Evitar el uso de materias primas como el papel y sustituirlo por un formato digital.
- Compensar las emisiones de CO₂ a través de otros proyectos.

REFERENCIAS

DECLARACIÓN DE POLÍTICA AMBIENTAL DE LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ, 2004

PROGRAMA DE CALIDAD AMBIENTAL DE LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ, 2004

PLAN DE SOSTENIBILIDAD DE LA UAH, OCTUBRE 2017, «El Desarrollo Sostenible de la UAH y los ODS de Naciones Unidas»

ESTUDIO Y EVALUACIÓN DE ACTUACIONES SOSTENIBLES EN LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ, 2016.

